

viii

TRAITÉ
DE
L'INSTRUCTION CRIMINELLE.

TRAITÉ DE L'INSTRUCTION CRIMINELLE

OU
THÉORIE DU CODÉ D'INSTRUCTION CRIMINELLE

PAR
M. FAUSTIN HELIE
MEMBRE DE L'INSTITUT, CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION

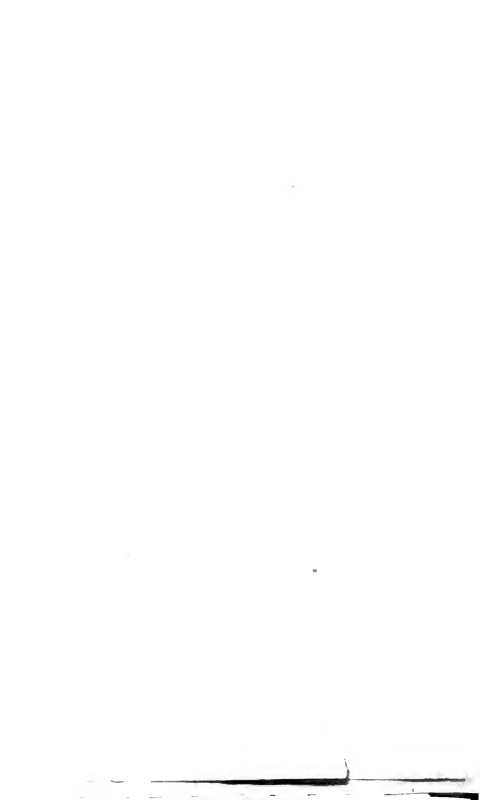
DEUXIÈME ÉDITION
ENTIÈREMENT REVUE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE

TOME QUATRIÈME
DE L'INSTRUCTION ÉCRITE



PARIS
HENRI PLON, IMPRIMEUR-ÉDITEUR
10, RUE GARANCIÈRE
—
1866

(Droits de traduction et de reproduction réservés.)



TRAITÉ
DE
L'INSTRUCTION CRIMINELLE.

LIVRE QUATRIÈME.

DE L'INSTRUCTION ÉCRITE.

TOME IV.

objet un fait passible d'emprisonnement; dans leur fortune, par conséquent, puisqu'elle les enlève à leur travail, à leur industrie, à leurs affaires; dans leur famille même, puisqu'elle tarit les sources où la famille puise sa vie. Elle affecte les formes et les sévérités du châtement, quoiqu'elle n'en ait ni le caractère ni le but; et lorsque son résultat a été la flétrissure et la ruine, elle n'a point de réparation, si elle s'est trompée, pour racheter ses erreurs.

Ce sont là les conséquences possibles et trop souvent vérifiées de l'instruction préalable. Il faut assurément les déplorer. Il est douloureux que la justice ne puisse accomplir sa mission sans recourir à des actes qui ne frappent que des inculpés et qu'elle peut elle-même reconnaître avoir été injustes. Telle est l'imperfection des institutions humaines qu'elles peuvent froisser quelques droits ou quelques intérêts, lorsqu'elles apportent à la société un bien incontestable. Mais ces conséquences, néanmoins, sont-elles toutes et sans distinction fatalement attachées au principe de l'instruction préalable? Faut-il, dans tous les cas, en faire remonter la responsabilité jusqu'à ce principe lui-même?

La justice pénale, pour remplir sa tâche, qui est la protection du droit dans la société, doit évidemment, nous l'avons déjà dit, être armée des pouvoirs nécessaires à l'exercice et à la fin de son action. Or, parmi ces pouvoirs, il faut ranger les mesures inquisitoriales qui ont pour objet la découverte de la vérité, et les mesures conservatoires, qui ont pour objet d'assurer l'exécution de ses jugements. Comment pourrait-elle juger, si elle n'avait pas le droit de se livrer aux enquêtes qui la conduisent à la connaissance des faits? Et que serviraient ses jugements, si les inculpés, libres de tous liens, pouvaient dans tous les cas se dérober à leur application?

Mais quel est alors le fondement des mesures qu'elle prend? Il est évident qu'il n'en est point d'autre que la nécessité; elles ne sont légitimes que parce qu'elles sont indispensables¹. Quelle autre base pourraient-elles invoquer? Le fait de la poursuite? elle n'a point encore été reconnue fondée; le droit de la justice? elle n'a strictement droit que sur les faits dont elle déclare la criminalité et sur les agents dont elle prononce la mise en accusation ou la culpabilité. De là il suit que l'application de ces mesures

¹ Meyer, tom. V, p. 296.

- 1557. Examen des objections qui ont été proposées contre cette combinaison des deux formes.
- 1558. La forme inquisitoriale est éminemment propre aux recherches et à la vérification des faits, la forme accusatoire au débat de l'accusation.
- 1559. Examen de l'objection tirée du rapport de la procédure avec l'ordre politique.
- 1560. Notre Code a consacré le système mixte.
- 1561. Examen des dispositions du Code.
- 1562. Si le pouvoir discrétionnaire qu'il a conféré au juge d'instruction peut admettre quelques limites.
- 1563. Si la liberté civile y trouve toutes les garanties nécessaires.

1540. L'instruction préalable, qui n'est, comme on vient de le voir, que la première phase de l'instruction criminelle, doit être soumise, comme toute l'instruction judiciaire, à des règles qui la dirigent, à des conditions qui modèrent son action. Ces règles doivent dériver de la nature même de sa mission et du double caractère des intérêts qu'elle est appelée à protéger. Chargée de fournir à la justice les éléments de ses actes, il faut qu'elle soit armée des moyens les plus puissants d'investigation. Exposée à froisser des intérêts privés, il faut que son action soit entourée de garanties qui les protègent. Quel est le mode d'instruction qui peut réunir cette double condition? C'est ce que nous nous proposons de rechercher dans ce chapitre.

1541. Le droit d'information, élément essentiel de la justice pénale, se retrouve, avec des formes diverses et des degrés différents de puissance, dans toutes les législations. Il importe d'étudier en premier lieu les principaux systèmes successivement mis en pratique.

La législation romaine avait institué dans les premiers siècles des magistrats, les *quæsitores parricidii*, les *decemviri* ou les consuls eux-mêmes, qui procédaient aux actes de l'information, *in causis capitalibus*¹. La pratique des *quæstiones perpetuæ* plaça ce pouvoir entre les mains des parties elles-mêmes. Le citoyen qui prenait la charge d'une accusation devait nécessairement rechercher les preuves des crimes qu'il avait dénoncés; le droit d'enquête était donc arrivé, comme un corollaire du droit d'accusation, à l'accusateur lui-même; il s'y développa peu à peu dans la pratique et prit en définitive les formes d'une procédure préliminaire qui eut ses règles spéciales.

¹ Pomponius, l. II, p. 16 et 23. Dig. de orig. juris.; Livius, I, 26; Ramos, De pena parricidii, p. 42.

Mais le principe de l'inquisition semble poindre au moment où le juge, investi de la poursuite d'office, commence à s'enquérir des crimes commis dans les territoires soumis à sa juridiction et se livre à des recherches sans être provoqué par aucune accusation. A la vérité, c'étaient là des actes de police qui n'avaient d'autre but que de suppléer à l'insuffisance des parties privées et d'assurer la répression des crimes. Il est impossible de confondre cette enquête de l'époque impériale, limitée à des actes d'investigation et de sûreté, avec l'enquête du quinzième siècle, base d'une nouvelle organisation judiciaire et qui assujettit à sa forme toute la procédure. Néanmoins on peut trouver ici le germe de cette forme : le juge pour la première fois agit de lui-même, il intervient par la seule force de la juridiction lorsqu'aucune partie ne l'a saisi, il instruit le procès ou du moins il en commence l'instruction.

Il serait difficile de fixer l'époque de cette innovation. Quelques criminalistes la font remonter au règne d'Auguste ¹. Ulpien et Marcien, qui vivaient au troisième siècle, la mentionnent, non comme une innovation, mais comme un fait établi : c'est en retraçant les attributions du proconsul ou chef d'une province que l'un et l'autre y placent la recherche et la poursuite d'office des crimes ². Il est probable, comme nous l'avons déjà dit, que cette poursuite se produisit aussitôt que l'abandon du droit d'accusation laissa la cité sans défense (voy. n° 65). Et toutefois, il est à remarquer qu'elle ne remplaçait l'accusation qu'au seuil de la procédure et pour en faire les premiers actes. Dès que le procès pouvait être porté à l'audience, la forme accusatoire reprenait son autorité : un accusateur désigné d'office soutenait publiquement la prévention, et la procédure, au moins dans sa forme extérieure, suivait ses anciens errements.

Ainsi, deux règles distinctes présidaient aux actes de l'instruction : l'inquisition, qui, faite d'office par le juge, fournissait à l'accusation ses éléments, et l'accusation, qui suivait l'inquisition et développait les charges qu'elle avait réunies. Ces règles n'avaient sans doute ni le sens ni l'application que le droit moderne leur a donnés; mais elles les contenaient en germe, elles ont été la

¹ Carmignani, tom. IV, p. 284.

² Ulpian, l. XIII, Dig., De offic. prææs.; Marcian, l. VI, Dig., De custodia eorum.

source de la double institution qui se rattache à chacune d'elles, et leur combinaison dans la procédure romaine est le premier essai d'un système qui règne aujourd'hui dans notre législation. Cette combinaison a cependant excité la vive critique d'un criminaliste qui n'a pas craint de dire qu'il considérerait cette procédure mixte comme le don le plus funeste que le droit romain ait fait à l'espèce humaine ¹. Nous examinerons tout à l'heure cette opinion, qui est fondée sur la supériorité que l'auteur accorde à la procédure inquisitoriale sur tout autre système : nous ne faisons encore que constater les formes successives de l'instruction préliminaire.

1544. L'instruction préalable ne tenait qu'une place étroite dans la procédure mérovingienne : l'accusation privée, qui était la base de cette procédure, portait directement à l'audience sa plainte et ses demandes en réparation (n° 116). Cependant on trouve à cette époque même quelques traces d'une poursuite d'office faite par les juges dans les cas de crimes flagrants ou lorsque les parties lésées n'osaient accuser les coupables (n° 118) ; mais cette exception au principe de la réparation privée, qui dominait alors la législation, ne paraît point avoir placé entre les mains de la justice un droit d'enquête qui pût s'exercer en dehors de l'audience, dans le but de préparer ses jugements. Ainsi, la forme de la procédure était presque exclusivement accusatoire, quoique l'accusation n'appartint en général qu'aux seules parties lésées, et les investigations auxquelles ces parties pouvaient se livrer pour soutenir leur accusation n'étaient soumises à aucune règle particulière.

Au douzième siècle, et bien que les lois mérovingiennes eussent cessé d'être appliquées, le système qui avait régi les plaçités des comtes régissait les justices féodales. L'accusation des parties lésées était encore la base de la procédure ; tout procès supposait la plainte, la présence de l'accusateur et de l'accusé, la lutte des deux parties (n° 415). Les coutumes ne révèlent encore aucun droit de recherche, aucune attribution d'informer. Cependant, la poursuite d'office, exercée dès les premiers temps par les juges, s'est affermie entre leurs mains et ne tarde pas à

¹ Carmignani, tom. IV, p. 183 : — Il più funesto donativo che il dritto romano abbia fatto alla specie umana è il misto processo.

se développer. Louis IX les autorise à s'enquérir des malfaiteurs, même en dehors des cas où ils auraient avoué leurs crimes ou auraient été pris en flagrant délit; il pose même en principe, en rappelant à peu près les termes d'Ulpien ¹, *qu'il appartient à l'office du prévost et à toute loyale justice de nettoyer la province et sa juridiction des mauvais hommes et des mauvaises femmes* ².

C'est là le premier indice d'une information préalable et régulière. Lorsque le crime était notoire, comme au cas de l'aveu ou du flagrant délit, la peine était appliquée sur la notoriété, sans qu'une procédure fût nécessaire pour le constater. Mais, lorsque le juge commença de s'enquérir des crimes et de rechercher les malfaiteurs, il dut nécessairement procéder à des actes d'information. Beaumanoir constate que de son temps le principe était admis que les crimes devaient être *vengés par l'office du juge*, toutes les fois qu'ils étaient *clers et aperts* et qu'il n'existait pas de partie poursuivante ³. Il fallait que le juge produisit alors *deus loiax tesmoins* à l'appui de sa poursuite. Il fallait donc qu'il se livrât à quelques investigations préalables. Mais ce n'était là encore qu'une exception, de plus en plus étendue à la vérité, au principe de l'accusation des parties privées qui continuait de dominer la procédure.

1545. Vers la fin du treizième siècle, l'autorité de ce principe tendit à décliner : une nouvelle forme inquisitoriale, dont nous avons retracé l'origine et le développement (n° 416), fut introduite dans la pratique, et sa première application eut pour objet l'instruction préalable. En effet, créée par les décrétales des papes Innocent III et Boniface VIII, pour faciliter la recherche des fauteurs du crime d'hérésie, elle fut immédiatement substituée dans la poursuite de ce crime aux formalités de l'accusation qui lui apportaient une entrave. Devenue bientôt la règle commune des justices ecclésiastiques qui l'étendirent à tous les procès, alors si nombreux, dont ils connaissaient, elle ne tarda pas à passer dans les justices séculières. Les légistes, dont tous les efforts tendaient

¹ L. XIII, Dig., De offic. pres. : Congruit bono et gravi presidi curare ut parata atque quieta provincia sit... ut malis hominibus careat eosque conquirit.

² Établiss., liv. II, § 16.

³ Coutumes de Beauvoisis, cap. XXXI, 14.

poursuite d'office, la preuve écrite et le secret de la procédure, tel fut le principe, le principe unique de la législation du seizième siècle.

1548. L'institution du juge d'instruction devait suivre cette législation. Il est évident, en effet, que, pour diriger les opérations compliquées de la procédure, pour en faire sortir les preuves qui ne sortaient autrefois que du débat, pour imprimer à l'instruction écrite l'énergie et la puissance de l'instruction orale, il fallait un magistrat profondément versé dans l'étude des procès criminels, et dont l'expérience pût suppléer à l'insuffisance des moyens mis à la disposition de la justice. Les juges enquêteurs avaient d'abord été pris indifféremment parmi les assesseurs de chaque justice. L'ordonnance du 12 janvier 1522 établit, pour la première fois, en chacun des bailliages, sénéchaussées, prévostés et juridictions du royaume *un lieutenant criminel qui aura la connaissance, jugera et décidera de tous cas, crimes, délits et offenses qui seront faits, commis et perpétrés* dans leur ressort. Cette institution séparait la justice criminelle de la justice civile. Le lieutenant criminel, assisté des assesseurs de la juridiction, procédait exclusivement à l'instruction et au jugement des causes criminelles. Les ordonnances de mai 1552 et de novembre 1554 énuméraient leurs attributions, dont quelques-unes appartiennent encore à nos juges d'instruction. Nous y reviendrons dans le chapitre suivant.

1549. Les règles de l'instruction préalable étaient très-simples. Tous les juges étaient compétents pour dresser procès-verbal des plaintes et dénonciations qui leur étaient faites des crimes et délits commis dans leur ressort ¹. La loi provoquait ces plaintes : « Enjoignons aux parties intéressées de venir se doloir incontinent des dits crimes et délits à la justice, et administrer les preuves et témoins qui en pourront déposer, pour être examinés par information ². » Mais, à défaut de plainte, les juges informaient d'office : « Et n'attendent les juges qu'ils en soient requis par les parties civiles et intéressées, qui le plus souvent sont si pauvres et indigents et tellement intimidés par la puissance des délinquants ou de leurs parents, amis ou alliés, qu'ils n'en

¹ Ord. de Blois, mai 1579, art. 184.

² Ord. 30 août 1536, art. 4.

font plainte en justice et sont contraints d'en composer pour petite chose, tellement que les dits crimes et délits, ni la forme et manière de les avoir commis et perpétrés, ne viennent à lumière de justice¹. » Le principe était que : « Sitost que la plainte des crimes, excès ou maléfices aura été faite ou qu'ils en auront été autrement advertis, les juges en informeront ou feront informer bien et diligemment². »

Dans l'un et l'autre cas, s'ils n'informaient pas eux-mêmes, et il était rare qu'ils prissent cette charge, ils délivraient un mandement pour informer soit aux parties intéressées qui en remettaient l'exécution à un sergent, un archer ou un notaire, soit directement à l'un de ces officiers, ou à *quelque bonne personne sage et loyale*³, en cas de poursuite d'office. Armé de cette commission, l'enquêteur se transportait sur les lieux, recueillait les indices, entendait les témoins et dressait procès-verbal de leurs dépositions : « Enjoignons à tous juges enquêteurs, commissaires, huissiers et sergents, d'examiner les témoins qui seront ouïs ès informations sur la pleine vérité du fait, tant de ce qui concerne la charge que décharge des accusés⁴. »

Le procureur du roi, dans les justices royales, et le procureur fiscal, dans les justices subalternes, ne pouvaient assister aux informations, et il était défendu au juge de les y appeler⁵. Le cahier d'information devait contenir les plaintes de la partie civile et les dépositions des témoins écrites dans toute leur teneur, avec la mention de leur serment⁶.

Lorsque l'information était terminée, le commissaire enquêteur en déclarait la clôture, et le cahier était déposé au greffe de la juridiction qui devait décréter. Il était défendu « à tous notaires et sergents, greffiers et autres officiers, de bailler aux parties chargées et accusées communication des informations⁷ ». Le juge, après avoir examiné le procès-verbal, le communiquait au procureur du roi pour avoir ses conclusions : « Lesdites informations faites, elles seront mises, apportées ou envoyées féalablement

¹ Ord. 30 août 1536, art. 2.

² Ord. août 1539, art. 145, et *suprà* n^{os} 336 et 426.

³ Ord. avril 1453, art. 25, p. 75 et 76.

⁴ Ord. de Blois, mai 1579, art. 203.

⁵ Bruneau, Max., p. 67; Imbert, p. 635.

⁶ Ord. 30 août 1536, art. 37.

⁷ Même ord., art. 7.

closes par les commissaires, qui auront vacqué à icelles faire ès mains du greffier qui les baillera incontinent au procureur de la cour, qui les verra diligemment et prendra ses conclusions qu'il mettra au pied des dites informations, lesquelles il signera et datera, qui seront incontinent par lui rendues au dit greffier pour être mises par devant le juge qui lui décrètera prise de corps, ou adjournement personnel, ou autre provision de justice requise et nécessaire, tant pour le roy et justice que pour la partie civile et intéressée¹. » Alors étaient décernés, s'il y avait lieu, les décrets d'ajournement ou de prise de corps, et le dernier acte de l'instruction préalable était l'interrogatoire des prévenus : « Seront incontinent les délinquans, tant ceux qui seront enfermés, que les ajournés à comparoir en personne, bien et diligemment interrogés, et leurs interrogatoires insérés et répétés.... Et après les dits interrogatoires parfaits et parachevés et mis en forme, seront incontinent montrés et communiqués à notre procureur qui sera tenu les voir en toute diligence pour prendre les conclusions pertinentes². » C'est à la suite de ces conclusions que commençait, en matière de grand criminel, l'instruction définitive par récolement et confrontation que la loi avait elle-même qualifiée *extraordinaire*, parce qu'elle s'écartait de toutes les règles de la loi commune.

1550. L'ordonnance d'août 1670, tout en maintenant les formes de cette procédure préliminaire, modifia quelques-unes de ses dispositions. Les juges furent astreints à procéder eux-mêmes aux informations : « Défendons aux prévôts de donner des commissions pour informer à leurs archers, à des notaires, tabellions ou aucunes autres personnes, à peine de nullité de la procédure et d'interdiction contre le prévost » (ord., 1670, tit. II, art. 5). Les plaintes ne purent être reçues que par le juge ou le plus ancien praticien du lieu (tit. III, art. 1^{re}) : la loi défendait encore « aux huissiers, sergens, archers et notaires de les recevoir, à peine de nullité » (tit. III, art. 2). Les procureurs du roi ou des seigneurs recevaient les dénonciations (tit. III, art. 6). A défaut de plaintes ou de dénonciations, les juges continuèrent de poursuivre d'office : les procès étaient suivis à la diligence et

¹ Ord. août 1539, art. 146 et 147.

² *Ibid.*

sous le nom des procureurs du roi ou des seigneurs (tit. III, art. 6) ; dans tous les cas où le crime avait laissé des traces, le juge se transportait sur les lieux et dressait sur-le-champ procès-verbal du corps du délit, et de tout ce qui pouvait servir pour la décharge ou la conviction (tit. IV, art. 1^{er}). Il pouvait ordonner une visite par médecins ou chirurgiens nommés d'office, et dont le rapport était joint au procès (tit. VI, art. 1^{er}). Les témoins indiqués soit par la partie publique, soit par la partie civile, étaient entendus (tit. VI, art. 8) ; le juge pouvait les appeler d'office en cas de flagrant délit (tit. X, art. 4). Le procès-verbal de l'information écrit par le greffier, en présence du juge, énonçait le serment de toutes les personnes entendues et la teneur même des dépositions tant à charge qu'à décharge (tit. X, art. 2, 9 et 10). L'information était essentiellement secrète, en ce sens que les témoins étaient ouïs secrètement et séparément (tit. VI, art. 11) et que toute communication de son contenu était interdite (tit. VI, art. 15).

Dans les trois jours qui suivaient la clôture de l'information, elle devait être déposée en minute au greffe de la juridiction. Le procureur du roi ou du seigneur justicier en prenait communication et donnait ses conclusions (tit. X, art. 1^{er}). Le juge statuait sur ces conclusions et décidait, s'il y avait lieu, contre les personnes inculpées, soit un décret *d'assignation pour être ouï*, soit un décret *d'ajournement à comparoir*, soit un décret de *prise de corps* (tit. X, art. 2). Ces décrets, dont nous examinerons plus loin les caractères différents, avaient des règles communes. Ils étaient susceptibles d'appel parce qu'ils étaient considérés comme des jugements ; mais l'appel n'en suspendait pas l'exécution (tit. X, art. 12). Ils ne pouvaient être rendus que *sur le vu des charges et des informations*, c'est-à-dire lorsque le juge pouvait apprécier la *qualité des crimes, des preuves et des personnes* (tit. X, art. 2) ; enfin, ils devaient nécessairement être précédés des conclusions de la partie publique (tit. X, art. 1^{er}). Néanmoins, à l'égard de certains crimes (tit. X, art. 8) et en cas de flagrant délit (tit. X, art. 9), l'arrestation pouvait précéder le décret, et le juge l'ordonnait d'office.

L'interrogatoire suivait immédiatement l'exécution du décret :
 « Les prisonniers pour crimes seront interrogés incessamment et les interrogatoires commencés au plus tard dans les vingt-

possible le rôle de la procédure écrite, ne l'efface pas entièrement. Il est difficile d'abord de ne pas remarquer quelques rapports entre l'officier de police chargé de recueillir la première information et l'ancien juge enquêteur, à qui la législation du seizième siècle conférait à peu près la même mission, entre le directeur du jury et le juge qui, dans chaque juridiction, procédait à l'interrogatoire des accusés et complétait la procédure. Il est visible que le législateur de 1791 avait sous les yeux l'ordonnance de 1670 et que, tout en brisant les juridictions anciennes, il voulait maintenir l'information préalable comme la base nécessaire de la procédure criminelle. A la vérité, il n'accordait aux éléments recueillis par cette information qu'une valeur secondaire, la valeur d'un simple renseignement; il ne voulait même pas qu'ils pussent seuls fonder la mise en accusation. Mais cette procédure écrite servait encore pour vérifier si l'inculpation devait être présentée au jury, elle servait à raffermir et à contrôler les dépositions orales, à préparer la défense de l'accusé, à prévenir les erreurs de la justice. Ainsi, même circonscrite dans ses effets, elle était encore la base de la procédure orale et l'un des appuis de l'accusation.

1552. Le Code du 3 brumaire an IV suivit le même système. Les modifications qu'il apporta dans les détails de la procédure ne tendirent qu'à élargir les attributions des juges de paix, qui furent seuls substitués aux officiers de police en ce qui concerne l'information, et à restreindre celles des directeurs du jury.

Les juges de paix étaient chargés : « 1° de recevoir les dénonciations et les plaintes; 2° de constater par des procès-verbaux les traces des délits qui en laissent quelques-unes après eux; 3° de distinguer les hommes justement prévenus de ceux qui sont faussement inculpés; 4° de recueillir les indices et les preuves qui existent sur les prévenus; 5° de les faire traduire devant le directeur du jury (art. 48). » Ils pouvaient, en conséquence, toutes les fois qu'ils apprenaient, par une plainte, une dénonciation ou autrement, qu'un délit avait été commis dans leur ressort, faire leurs diligences, sans attendre aucune réquisition, pour s'assurer du fait, découvrir le coupable et le faire comparaître devant eux (art. 100). Si le délit pouvait être constaté par un procès-verbal, ils étaient tenus de se transporter sur les lieux

procès criminel, fouille, recherche, compulse, rassemble et vérifie tous les éléments du procès : la loi se confie à son zèle et à sa sagacité pour l'éclairer dans toutes ses faces, et pour accomplir cette tâche souvent difficile, elle lui a remis un pouvoir presque illimité. Il peut, en général, ordonner tous les actes qui tendent à la déconverte de la vérité judiciaire ; il examine les plaintes et les dénonciations, il fait citer devant lui les témoins qui lui sont indiqués par les parties ; il nomme des experts et leur trace la mission qu'ils ont à remplir ; il prescrit toutes les opérations qu'il croit utiles ; il se transporte sur le lieu du délit ; il dresse procès-verbal de ses actes personnels et des déclarations des témoins et des experts ; il procède à des visites soit au domicile du prévenu, soit même au domicile des tiers, pour y faire des perquisitions ; il fait toutes les saisies autorisées par la loi ; il a le droit d'ordonner l'arrestation des citoyens, et de décerner des mandats de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt ; il interroge les inculpés, il prescrit toutes les confrontations qu'il juge nécessaires, soit entre les inculpés et les témoins, soit entre les témoins seulement : et lorsqu'il juge la procédure complète, il statue sur la mise en prévention ¹.

Toute cette instruction est soumise aux deux règles qui caractérisaient l'ancienne procédure : elle est entièrement *écrite* : tous les actes qui la constituent sont constatés par des procès-verbaux, et c'est uniquement dans ces procès-verbaux que le juge doit rechercher l'espèce de preuve qu'elle peut apporter. Elle est essentiellement *secrète* : ce n'est qu'après l'arrêt rendu par la chambre d'accusation que la loi, en termes exprès du moins, prescrit la communication des pièces.

Il est clair que toutes ces dispositions reproduisent, non assurément les textes, mais l'esprit et les règles générales de l'ordonnance de 1670, en ce qui précède la procédure antérieure au règlement à l'extraordinaire. Ainsi, dans l'une et l'autre législation, on trouve la mission confiée à un juge de procéder à l'instruction, la forme inquisitoriale de cette instruction, le double principe qu'elle doit être écrite et secrète, les mêmes pouvoirs dans le juge, la même obligation de prendre avant d'agir les réquisitions de la partie publique, le même droit d'instruire d'office dans les cas urgents.

¹ Art. 59, 60, 63, 71, 87, 88, 91, etc., du C. d'instr. crim.

définitive. Cette procédure mixte, dont nous avons déjà constaté l'existence dans la législation romaine de l'époque impériale et dans les formes des justices de la France antérieurement au seizième siècle, présente dans notre Code des caractères qui lui sont propres et qu'aucune législation n'avait réunis. Nous allons maintenant l'examiner.

1554. La procédure criminelle affecte en général deux formes principales ; la forme accusatoire et la forme inquisitoriale : la première qui a pour principe l'accusation, la seconde l'enquête. Tous les systèmes des institutions judiciaires viennent nécessairement se résumer, dans des termes plus ou moins absolus et avec des modifications diverses, dans l'une ou l'autre de ces deux théories.

La procédure accusatoire est la forme des peuples antiques. Ses règles simples et expéditives convenaient à un ordre social où les rapports des membres de la cité étaient faciles, où les pouvoirs publics n'avaient qu'une autorité limitée. Le citoyen qu'un crime avait personnellement lésé ou qui agissait dans un intérêt général citait directement l'accusé devant le juge ; il procédait lui-même à la constatation des faits et à la recherche des preuves ; le tribunal n'intervenait que pour prononcer, en quelque sorte comme un arbitre, entre les deux parties.

La procédure par voie d'enquête appartient à une époque moins ancienne. Le juge est armé d'une autorité publique pour poursuivre lui-même d'office les crimes qui désolent la cité ; il instruit les procès avec ou sans le concours des parties ; il procède secrètement à la recherche des preuves, et il s'enquiert de la vérité des faits. Cette forme de l'instruction suppose, en premier lieu, une autorité publique qui s'est substituée à l'accusateur et qui confond l'intérêt privé avec l'intérêt social ; elle suppose ensuite l'expérience des faits judiciaires, une méthode acquise par la pratique, la science appliquée aux institutions de la procédure : sous ce double rapport, elle n'a dû se produire qu'à un âge avancé de la civilisation ¹.

Ces deux modes d'instruction se sont modifiés dans le cours des siècles, suivant la succession des faits et le progrès des insti-

¹ Carmignani, tom. VI, cap. 5; Mittermaier, Proc. crim. comp., part. 1, chap. 31, et De la preuve, chap. 3.

contraire, procède à la longue série de ses actes et en tisse la trame serrée, sans demander à un accusateur son concours et à un débat oral ses révélations. Elle reçoit son impulsion du juge, qui recherche les indices, les recueille et dispose les éléments du jugement. A la défense elle substitue l'interrogatoire de l'accusé, au débat public les confrontations secrètes des témoins, à la discussion orale les procès-verbaux. L'instruction écrite est la forme essentielle de ce procès; elle enregistre successivement tous les actes, elle matérialise toutes les preuves, tous les incidents; le jugement n'en est que la conclusion.

La première de ces procédures, partant de cette idée que toute accusation est une atteinte à la liberté civile, oblige l'accusateur à produire la preuve de ses imputations; elle affecte la méthode synthétique, l'accusation affirme le fait et doit ensuite le prouver : la présomption favorable entoure la défense jusqu'à ce que cette preuve soit faite. La seconde se fonde, au contraire, sur la présomption de culpabilité de l'accusé; elle ne l'affirme pas, elle la suppose, et c'est en s'appuyant sur cette hypothèse qu'elle cherche, par la méthode analytique, à rassembler tous les indices, toutes les probabilités qui peuvent la changer en certitude. L'une se propose de faire entrer dans l'esprit du juge la conviction de la vérité, l'autre de lui fournir des indices suffisants pour que sa présomption puisse être considérée comme la vérité. Enfin, l'une semble se préoccuper avant tout de l'intérêt individuel lésé par la poursuite, l'autre de l'intérêt public lésé par le délit.

1556. En appréciant ainsi ces deux systèmes isolément l'un de l'autre et dans les éléments qui sont propres à chacun d'eux, on arrive à cette conséquence que ni la procédure accusatoire, ni la procédure inquisitoriale, n'est suffisante, prise exclusivement, pour la protection des intérêts divers qu'elle doit sauvegarder.

L'histoire démontre cette inefficacité. Reportons-nous aux époques où la procédure accusatoire était seule en vigueur, à Rome jusqu'au siècle d'Auguste, en France jusqu'au treizième siècle. Quels ont été ses résultats : la faiblesse du juge et l'impunité des coupables, l'inaction ou le désordre de la justice. Remontons, d'un autre côté, aux temps où la forme inquisitoriale dominait seule la procédure, que trouvons-nous ? toutes les garanties judiciaires détruites, la défense anéantie, la puissance du juge

excessive et sans contre-poids, la contrainte pesant sur l'accusé jusqu'à la torture, la répression poussée jusqu'à la cruauté. Ainsi, de part et d'autre, ces deux principes, livrés à leurs propres tendances, n'ont produit qu'une justice imparfaite. L'accusation, dénuée d'une instruction préalable qui eût tempéré sa marche, manquant de preuves élucidées par de sérieuses investigations, risquait sans cesse d'égarer le juge ou le réduisait à l'impuissance de juger. L'enquête, en se prolongeant jusqu'au jugement, en substituant la froide analyse de ses procès-verbaux à la physiologie vivante du débat, le secret de ses rapports à la publicité des discussions, les aveux de la torture à la libre défense, avait étouffé la vérité qu'elle cherchait sans cesse et l'avait remplacée par ses homicides présomptions.

Or, faut-il nécessairement, en présence de ces conséquences attestées par l'expérience des siècles, faut-il suivre la voie où tant de législations se sont égarées? Est-il indispensable de faire une option entre deux principes qui, par la seule pente naturelle de leurs tendances, conduisent à un résultat qui n'est pas satisfaisant? Le législateur ne peut-il que choisir entre deux périls assurés, entre deux systèmes qui, l'un et l'autre, en affaiblissant la défense ou la répression, affaiblissent en réalité la justice?

La pensée qui se présente à l'esprit, en présence de ces résultats, c'est qu'il faut éviter l'application rigoureuse et exclusive de ces deux systèmes, c'est qu'il faut pratiquer un mode d'instruction qui puisse protéger avec plus d'efficacité les droits de la société et les droits de l'individu. Mais ce mode, quel sera-t-il? Les formes de la justice ne doivent point être arbitraires; elles dérivent de la nature de la juridiction dont elles règlent les rapports et les mouvements, elles dérivent surtout du caractère de la procédure à laquelle elles sont appliquées. Il est possible, par exemple, en matière criminelle, qu'une plainte soit suivie de la requête de la partie ou d'un magistrat, que l'information soit sommaire ou écrite, publique ou secrète; mais il est difficile que les formalités qui environnent les plaintes, que les règles générales de l'information, que les preuves ne soient pas les mêmes dans toutes les législations. Quelques formes se modifient: le fond de la procédure, qui se compose des vérifications et des recherches, des présomptions et des preuves, demeure immuable, parce qu'il tient à l'essence même de l'institution judiciaire.

elle ne fait qu'engendrer le doute en opposant une preuve à une autre preuve ¹.

Ces objections peuvent être aisément résolues. Il faut remarquer, d'abord, que, si la procédure criminelle est indivisible en ce sens que tous ses actes tendent à un même résultat, se lient les uns les autres pour former une même preuve, un même tout jusqu'au jugement, elle se partage néanmoins en deux phases distinctes, en deux séries d'actes et de formalités, et cette division est tellement inhérente à la nature, qu'elle se retrouve dans toutes les législations. Ces deux parties de la procédure n'ont ni le même caractère ni la même fin ; l'une est préparatoire, l'autre est définitive ; l'une se borne à recueillir les éléments de la mise en accusation, l'autre a pour mission de débattre les preuves et de les apprécier. Or, que fait le système mixte ? Il se borne à soumettre à une forme différente ces deux instructions distinctes, qui n'ont pas le même objet, qui ne doivent pas fournir la même preuve ; il limite l'emploi de la forme de l'enquête à la recherche des indices et l'emploi de la forme du débat à la discussion des preuves. Est-ce que cette distinction, si simple en elle-même, puisqu'elle ne fait qu'appliquer chaque forme aux choses pour lesquelles elle est faite, est contraire à la pureté des principes du droit ? est-ce qu'elle tend à en troubler l'harmonie ?

1558. La forme inquisitoriale est éminemment propre aux recherches, aux vérifications, à la constatation des faits. Le juge d'instruction, mis en présence des actes qui lui sont dénoncés, déploie, pour les constater et pour en déterminer les caractères, toute la puissance de l'enquête. Il procède à toutes les perquisitions ; il s'empare de tous les indices qu'il découvre ; il remonte de ces indices aux faits eux-mêmes ; il prend ses points d'appui dans la connaissance des passions et des sentiments qui font agir les hommes, dans les notions des mœurs et des circonstances extérieures. L'instruction, fondée sur une observation profonde des témoins, des inculpés et des faits incriminés, est une œuvre philosophique qui ne peut être accomplie que par un seul homme et qui exige de cet homme une double condition, l'expérience des choses et la science du droit.

Mais poursuivez ce système inquisitorial au delà de l'instruc-

¹ Carnignani, tom. IV, cap. 10 et 17.

un nouveau principe se développe : l'information, jusque-là faite par voie d'enquête, se transforme et se poursuit par voie d'accusation. Tous les procès-verbaux s'effacent ; la procédure est exclusivement orale, et ce n'est que dans le débat de l'audience que le juge puise les éléments de sa conviction. L'accusé sur lequel pesait tout à l'heure la présomption de culpabilité se trouve protégé par une présomption d'innocence. C'est à l'accusation à faire la preuve, et la défense peut la débattre. On retrouve dans cette seconde partie de la procédure les principes appliqués, imparfaitement à la vérité, dans les usages et les lois antérieurs au seizième siècle.

Nous ne voulons, quant à présent, que constater cette alliance dans notre Code, sous des formes que nous examinerons ultérieurement, du principe de l'inquisition et du principe de l'accusation, cette procédure mixte qui seule peut assurer à la société la certitude que tous les crimes seront poursuivis, aux prévenus qu'ils ne seront ni mis en jugement ni jugés sans défense. Nous ne voulons surtout, puisque c'est là le sujet de ce volume, que faire ressortir la puissance et le développement que le système inquisitorial a reçus dans la théorie de cette loi. Il n'a pas suffi au législateur de donner à la procédure préliminaire la forme d'une enquête et de placer cette enquête entre les mains d'un juge armé du pouvoir de procéder à tous ses actes ; il a institué une juridiction, la chambre d'accusation, qui non-seulement apprécie les résultats de l'enquête et règle le sort de la procédure, mais peut également continuer l'instruction et compléter l'enquête édifiée par le juge. Enfin, le président des assises peut encore, à la veille du débat, reprendre cette procédure écrite, et s'il n'y trouve pas tous les éléments nécessaires à la procédure orale, s'il aperçoit quelques lacunes, s'il découvre quelques faits nouveaux, il doit continuer encore les investigations du juge : toute procédure n'est en quelque sorte qu'une enquête qui se poursuit pendant tout le cours du procès et qui n'est close que par le jugement.

1561. Mais si notre Code, lorsqu'il a pris le principe inquisitorial pour base de l'instruction préalable, n'a fait que suivre la voie qui lui avait été indiquée et par une longue expérience et par la science elle-même, a-t-il su faire en même temps de ce principe une application éclairée ? La formule légale qu'il lui a

les conditions de la procédure soient différentes pour les uns et les autres, plus ou moins rigoureuses, plus ou moins tracassières, suivant l'inclination des hommes qui les appliquent.

1563. C'est à ce point de vue que le Code d'instruction criminelle nous paraît présenter quelques lacunes dans ses dispositions. On y trouve l'institution puissante et efficace du juge d'instruction, le concours actif du ministère public, l'impulsion intéressée mais nécessaire des parties lésées, tous les droits indispensables pour découvrir les crimes, constater les preuves, atteindre les inculpés. Cette procédure contient assurément toutes les conditions d'une action forte et habilement appropriée à sa mission ; mais le législateur, en la constituant, a-t-il suffisamment fait la part de tous les intérêts qui forment dans leur ensemble l'intérêt suprême de la justice ? A-t-il déposé dans la loi toutes les sauvegardes qui doivent veiller incessamment au respect du droit dans la personne de chaque citoyen ? A-t-il voulu, avec assez de fermeté, que l'instruction, qui n'est qu'un instrument de justice, ne pût jamais devenir un instrument d'oppression ?

Nous ne voulons point préciser encore les points où le silence de la loi semble accuser son imprévoyance ou son impartialité. A mesure que notre matière se développera sous nos yeux, ces questions ressortiront d'elles-mêmes. Nous essayerons de démontrer combien de lacunes regrettables renferme notre législation. Elles ont en général pour objet soit la définition incomplète des pouvoirs du juge, qui n'ont ni limites ni règles précises ; soit la responsabilité de ce magistrat, qui en dehors des cas de prise à partie n'existe pas ; soit le recours qui devrait être ouvert contre ses actes, et dont le prévenu ne peut user, parce qu'il ne les connaît pas ; soit le système qui enveloppe d'un secret absolu toute la procédure préliminaire, sans laisser aucune voie ouverte à la défense ; soit enfin les détentions provisoires, qui sont souvent ordonnées et plus souvent prolongées sans que la justice la plus rigoureuse y puisse trouver aucun intérêt.

L'ordre de nos matières les soulèvera. Elles ne font au surplus que formuler, sous ses faces diverses, le problème éternellement posé devant le législateur, et qui consiste à concilier l'ordre et la liberté, les garanties de la sûreté générale et de la sûreté individuelle. Les droits de la cité et les droits des citoyens sont, en ma-

tière de procédure pénale, les deux termes extrêmes entre lesquels s'agitent les législations, en se rapprochant de l'un ou de l'autre suivant les progrès des mœurs et les mouvements de l'ordre politique. Nous ne sommes point encore au temps où il sera possible de reconnaître à l'individu des garanties aussi efficaces que celles dont jouit la cité, et de fortifier la liberté civile comme a été fortifié le pouvoir social.

Notre Code, dont nous avons essayé d'apprécier les sages innovations, a fondé l'instruction préalable sur un principe qui nous paraît vrai en lui-même, mais dont l'application est évidemment imparfaite. Il nous a paru utile de démontrer d'abord la vérité de cette théorie en lui restituant ses fondements historiques. Nous allons reprendre maintenant l'examen des textes, et nous signalerons, toutes les fois qu'il y aura lieu, leurs imperfections et leurs défaillances, « afin que, comme le disait notre devancier Pierre Ayrault, s'il y a de la faute en l'instruction dont maintenant nous usons, nous la corrigions à l'exemple de nos majeurs et en trouvions une plus accomplie ¹. »

CHAPITRE TROISIÈME.

ORGANISATION DU JUGE D'INSTRUCTION.

1564. Objet de ce chapitre.

§ I. *Origine du juge d'instruction et ses fonctions dans l'ancien droit.*

1565. Commencements du juge d'instruction au seizième siècle.

1566. Établissement des lieutenants criminels.

1567. Séparation de la justice civile et de la justice criminelle. Concentration de la justice criminelle dans les mains des lieutenants criminels.

§ II. *Du juge d'instruction dans la législation intermédiaire.*

1568. Décret de l'Assemblée constituante du 8 octobre-3 novembre 1789.

1569. Division de l'instruction par la loi des 16-29 septembre 1791 entre le juge de paix et le directeur du jury.

1570. Le Code du 3 brumaire an IV accroit les attributions du directeur du jury.

1571. La loi du 7 pluviôse an IX confère l'instruction à ce dernier magistrat et ne laisse au juge de paix que la police judiciaire.

§ III. *Institution des juges d'instruction.*

1572. Suppression des directeurs du jury et des magistrats de sûreté.

1573. Institution des juges d'instruction. Conditions d'aptitude.

¹ Inst. jud., liv. I, n. 10.

1571. Le juge d'instruction est choisi dans chaque tribunal par le pouvoir exécutif. *Observations sur cette désignation.*
1575. Il est désigné pour trois ans. Ce délai peut-il être abrégé?
1576. En cas d'empêchement, le tribunal peut désigner un de ses membres pour le remplacer.
1577. Comment ce remplacement doit être fait.

§ IV. *Cas d'incompatibilité, de récusation et d'abstention.*

1578. Fonctions générales du juge d'instruction.
1579. Peut-il siéger dans les affaires correctionnelles qu'il a instruites?
1580. En matière criminelle, il lui est interdit de siéger dans les affaires qu'il a instruites.
1581. Cette prohibition s'étend même au cas où le juge n'aurait agi que par délégation, où il n'aurait fait qu'un acte d'instruction.
1582. Que faut-il entendre par une partie, un acte de l'instruction?
1583. L'incompatibilité ne peut résulter que de la participation à la première instruction.
1584. Elle ne s'applique qu'à l'audience de la cour d'assises où l'accusé est mis en jugement.
1585. Le juge d'instruction qui a instruit l'affaire peut être délégué par le président des assises pour l'interrogatoire.
1586. Quelles étaient les règles de récusation des juges dans l'ancien droit.
1587. Quelles sont les règles de récusation de notre législation actuelle qui soient applicables aux juges d'instruction.
1588. Causes de récusation et de renvoi.
1589. Comment elle est proposée. Elle constitue une demande en renvoi pour suspicion légitime. Conséquences de cette règle.
1590. Le juge d'instruction, même non récusé, peut s'abstenir.
1591. Juridiction compétente pour apprécier les causes de son abstention.
1592. Causes légitimes d'abstention.
1593. Peut-il continuer de suivre la procédure jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la récusation ou l'abstention?

§ V. *De la prise à partie du juge et de sa responsabilité.*

1594. De la prise à partie des juges dans l'ancienne législation.
1595. Dispositions de la législation actuelle sur cette matière.
1596. Dans quels cas le juge d'instruction peut être pris à partie.
1597. Cas de responsabilité en dehors des cas de prise à partie.
1598. Doctrine de l'ancienne législation sur cette responsabilité des juges.
1599. Application de cette doctrine aux actes du juge d'instruction.

§ VI. *De la surveillance à laquelle le juge d'instruction est soumis dans ses fonctions.*

1600. Surveillance spéciale qui pèse sur le juge d'instruction.
1601. Quel est le caractère de cette surveillance. S'étend-elle jusqu'aux actes du juge?
1602. Elle est limitée aux actes de la police judiciaire, et ne s'applique pas aux actes de l'instruction.
1603. Examen de la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point.

1564. Nous avons vu que l'instruction préalable est l'œuvre du juge d'instruction; que tous les procès-verbaux, toutes les mesures qui la constituent émanent de ce juge; que c'est lui qui pré-

side à ses investigations, qui dirige ses expertises, qui ordonne tous ses actes.

Notre première tâche, dès lors, avant d'arriver à l'examen des actes de l'instruction, doit être de faire connaître le magistrat qui les prescrit et qui en dirige l'exécution. Il s'agit d'exposer les lois de son institution, le cercle de ses pouvoirs, les règles qui le suivent et l'obligent dans l'exercice de ses fonctions. Tel est le sujet de ce chapitre.

Cette matière, pour être traitée complètement, doit comprendre les points suivants :

La recherche des origines de cette institution ;

Les différents modes qui lui ont été donnés par notre législation moderne ;

Son organisation dans notre Code ;

Les incompatibilités qui pèsent sur le juge ;

Les récusations dont il peut être l'objet ;

Les cas de responsabilité et de prise à partie ;

Les règles de surveillance auxquelles il est soumis dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont délégués.

§ 1. *Origine du juge d'instruction et ses fonctions dans l'ancien droit.*

1565. L'institution du juge d'instruction est née de la procédure extraordinaire par récolements et confrontations, qui fut établie en France au commencement du seizième siècle (n^{os} 337 et 338).

L'enquête, qui, sous le nom d'information, précéda cette procédure et devint ensuite un de ses éléments, avait déjà donné lieu à l'institution des commissaires enquêteurs. Mais ces commissaires, que le juge délégua pendant longtemps en les choisissant parmi les officiers inférieurs de chaque justice, n'avaient point un caractère spécial et n'étaient investis que d'une mission limitée et temporaire. Ils se bornaient à se transporter sur les lieux pour recueillir les renseignements et entendre les témoins, et à transmettre le procès-verbal de leur information, aussitôt qu'ils l'avaient terminée, au greffe de la juridiction compétente. Cette information, quand elle n'était point ordonnée d'office et faite par le juge lui-même, était plutôt un acte de police judiciaire

des bailliages, sénéchaussées, prévôtés et juridictions du royaume, un lieutenant criminel *qui aura la connaissance, jugera et décidera de tous cas, crimes, délits et offenses qui seront commis au siège où il sera établi.* La création de ce lieutenant criminel, à côté des lieutenans généraux civils et particuliers qui composaient chaque juridiction, avait pour objet de constituer dans chaque siège une chambre formée de ce magistrat et de ses assesseurs; mais cette pensée eut quelque peine à se réaliser.

Un édit de Henri II, de mai 1552, constate d'abord, dans son préambule, que plusieurs lieutenants généraux, civils et particuliers, avaient trouvé moyen de se faire pourvoir des offices de lieutenants criminels ou de les faire supprimer, pour continuer de connaître des matières civiles et criminelles, et que cette *confusion de l'administration de la justice civile avec la criminelle* avait eu pour résultat, à raison de la grande affluence des causes civiles, que *les procès criminels étaient demeurés indécis, les prisonniers enfermés es prisons, et les crimes impunis.* En conséquence, Henri II, confirmant l'édit de François I^{er}, ordonne, article 1^{er}, qu'en chacun des bailliages, sénéchaussées, prévôtés et juridictions du royaume il y aura un juge et magistrat criminel; art. 2, que le magistrat et juge criminel avec le lieutenant particulier et les conseillers établis en chaque siège, qu'il appellera selon la gravité et poids des matières, cognoistra, jugera et décidera, privativement à tous autres juges, de tous crimes, délits et offenses; art. 6, que les lieutenans particuliers et conseillers aux dits sièges pourront assister et vacquer aux jugemens et instructions des dits procès criminels, le tout ainsi qu'il sera avisé pour le bien de la justice par le juge et magistrat criminel. Enfin l'édit de novembre 1554 dispose, art. 3, que les lieutenans criminels auront, privativement contre tous autres, la cognoissance et juridiction des cas criminels; art. 7, que les dits lieutenans criminels auront, et leur appartiendra faire tous examens, récollemens et confrontations des tesmoins, exécuter tous jugemens et arrêts donnés en matière criminelle, soit qu'ils soient interlocutoires ou définitifs; art. 16, que lesdits lieutenans criminels vacqueront soigneusement au fait de leurs charges, instruiront eux mêmes les procès criminels, tant de première instance que d'appel, sinon qu'ils soient recusés, absens ou empêchés, auxquels cas

juge. Enfin, dans les bailliages et sénéchaussées, le lieutenant criminel, qui avait le droit exclusif de faire l'instruction et le rapport de tous les procès criminels ¹, pouvait distribuer ces procès, s'il le jugeait convenable, aux lieutenants particuliers et conseillers de la juridiction; mais il exerçait seul et personnellement un droit de surveillance, en ce qui touche l'expédition des affaires criminelles, sur les juges subalternes de son ressort ².

Il est évident que cette institution des lieutenants criminels diffère essentiellement de l'institution actuelle des juges d'instruction : elle en diffère d'abord en ce que le lieutenant criminel était investi non-seulement de l'instruction, mais de la juridiction criminelle tout entière : seulement il ne pouvait rendre des jugements qu'avec le concours des assesseurs du siège. Elle en diffère ensuite en ce que l'instruction comprenait non-seulement les actes de la procédure préparatoire, auxquels est restreinte aujourd'hui la compétence du juge d'instruction, mais encore tous les actes de la procédure définitive que les débats de l'audience ont remplacée.

Mais, nonobstant ces différences essentielles, il est impossible de ne pas reconnaître dans ces juges criminels le type de nos juges d'instruction; comme eux, dans chaque tribunal, ils concentrent entre leurs mains les affaires criminelles; comme eux, ils procèdent à tous les actes de l'instruction; et quand la procédure est complète, ils en font rapport aux juges du tribunal. A la vérité, leur juridiction est limitée aux actes de l'instruction préparatoire et leurs pouvoirs cessent aussitôt qu'ils sont dessaisis par le renvoi de l'affaire devant la juridiction qui doit la juger. Mais cette limite, que notre législation nouvelle a apportée à leurs fonctions, n'en détruit pas le principe : ce principe, qui vit dans les deux institutions, quoique dans une mesure différente, c'est le droit d'inquisition déferé dans toute sa plénitude au juge instructeur, c'est la concentration dans ce juge de tous les pouvoirs nécessaires pour édifier la procédure, pour en rassembler les matériaux, pour lui imprimer une utile direction; c'est enfin l'unité donnée à une instruction qui, pour être conduite avec habileté, doit être confiée à une seule personne. Le juge d'instruction est, comme autrefois le lieutenant criminel, l'ouvrier unique

¹ Serpillon, tom. II, p. 1030.

² Serpillon, tom. II, p. 1184.

Le rôle et la mission de cette procédure écrite, qui précédait la délibération du jury d'accusation, étaient nettement tracés dans l'instruction du 29 septembre-21 octobre 1791 : « Le juge doit recevoir les déclarations des témoins produits par le plaignant et en tenir procès-verbal ; mais il ne doit pas confondre ces déclarations avec les dépositions qui se recevaient et s'écrivaient dans les formes de l'ancienne procédure criminelle. Elles ne sont point destinées à faire charge au procès ; leur principal objet est de corroborer la plainte et de servir à l'officier de police de guide sur la conduite qu'il doit tenir envers les personnes inculpées. Lorsque la justice sera entrée en connaissance de l'affaire, ces dépositions écrites produiront encore le bon effet de soutenir la conscience des témoins trop pusillanimes, lesquels s'expliqueront avec plus de franchise quand ils se sentiront appuyés sur les déclarations écrites, sans être néanmoins liés par elles. L'accusé, qui en aura connaissance, y pourra puiser les moyens d'atténuer des témoignages évidemment contradictoires... Le plus grand des inconvénients serait qu'on pût les considérer comme le dépôt des vraies charges du procès et y chercher la vérité de préférence à ce qui doit résulter des dépositions orales, de l'examen et du débat. »

A cette phase de la législation, tout l'ancien système de la procédure criminelle est détruit : la forme accusatoire a remplacé la forme inquisitoriale, les jurés ont été substitués aux juges permanents, la publicité au secret. La réaction contre la procédure extraordinaire est au plus haut degré. Et cependant, telle est la force des choses, que l'instruction écrite et secrète continue de subsister encore, au moins dans la procédure préliminaire ; cette procédure, en effet, quoique brisée en deux parties afin d'affaiblir la puissance du juge d'instruction, quoique dépouillée de la décision sur la mise en accusation déléguée au jury, conserve encore les éléments essentiels de la forme inquisitoriale : l'information même d'office confiée à un premier juge et recueillie dans des procès-verbaux, et les premiers actes de l'instruction délégués à un autre juge qui a le pouvoir d'examiner la procédure et de la compléter. Il semble que le législateur de 1791 ait voulu supprimer, autant que cela était possible, le juge d'instruction, en conservant l'instruction elle-même, et qu'il n'ait morcelé cette institution que par défiance des hommes et non de l'institution.

§ III. *Institution des juges d'instruction.*

1572. Le projet du Code d'instruction criminelle restituait au directeur du jury le véritable titre de ses fonctions, celui de juge d'instruction; mais il laissait subsister le magistrat de sûreté avec ses attributions usurpées en partie sur celles du juge¹.

A la séance du conseil d'État du 21 fructidor an XII, M. Cambacérès émit l'avis de supprimer le magistrat de sûreté et de transporter ses fonctions au procureur impérial. M. Berlier objecta que le magistrat de sûreté était le centre de la police judiciaire, comme le procureur impérial celui de l'action publique, et qu'il y avait des dangers à confier au même magistrat deux fonctions aussi différentes. La question fut renvoyée à l'examen de la section².

A la séance du 15 brumaire an XIII, la section annonce qu'elle a adopté la réunion des fonctions de magistrat de sûreté à celles de procureur impérial. Le magistrat de sûreté n'est plus, dans ce nouveau système, qu'un substitut de procureur impérial, un membre du ministère public.

Ce point acquis, la question des attributions respectives du juge d'instruction et du ministère public se présentait avec toutes ses difficultés, mais aussi sous l'influence des règles qui l'avaient résolue dans notre ancienne jurisprudence. A la suite d'une discussion, quelquefois diffuse et souvent lumineuse, abandonnée et reprise à différentes fois, et dont nous avons précédemment analysé tous les éléments (n^{os} 459 et 460), ces règles prévalurent : l'institution du ministère public et celle du juge d'instruction furent rétablies sur les mêmes fondements que dans notre ancien droit; le ministère public, chargé de la police judiciaire et de l'action publique, reprend le titre et les fonctions de l'ancienne partie publique; il est armé, en conséquence, du droit de requérir, au nom de la société, l'instruction des affaires criminelles; mais cette instruction n'appartient qu'au juge, qui n'est point partie dans la poursuite et qui seul peut procéder avec impartialité. Ce n'est que dans les cas de flagrant délit que, par une attribution extraordinaire et exceptionnelle, les officiers du

¹ Loaré, tom. XXIV, p. 150, 165.

² Loaré, tom. XXIV, p. 452.

doivent, en cas d'empêchement, se suppléer les uns les autres ¹. Néanmoins, quelques auteurs ont pensé que ce texte est purement énonciatif, et qu'il y a lieu de l'appliquer, quel que soit le nombre des juges d'instruction, si les besoins du service rendent le remplacement nécessaire ². Il paraît douteux que tel soit le sens de l'article, qui ne prévoit qu'un seul cas, celui de l'empêchement du juge dans la ville où il est seul, parce que là seulement il y a urgence; dans les autres villes, le service n'est pas immédiatement interrompu, et dès lors le gouvernement peut apprécier les besoins du service et les moyens d'y pourvoir.

Dans les villes qui n'ont qu'un seul juge d'instruction, ce n'est même qu'*au cas d'empêchement* que le tribunal peut désigner un autre juge. Il faut donc que l'impossibilité où se trouve le juge titulaire de remplir ses fonctions soit constatée pour que le tribunal puisse exercer ce droit; car l'instruction n'appartient qu'au juge spécialement délégué, et il faut une cause légitime d'empêchement pour qu'elle puisse, même temporairement, passer en d'autres mains. Ainsi, la délibération par laquelle un tribunal désignerait à l'avance un juge *pour instruire dans les procès auxquels le juge d'instruction ne pourrait suffire* serait une usurpation de pouvoir ³; car, d'une part, c'est le fait de l'empêchement qui ouvre le droit du tribunal, et d'une autre part, le nombre des affaires ne constitue pas une cause d'empêchement.

1577. Le tribunal ne pourrait même désigner à l'avance celui de ses membres qui devrait remplacer le juge d'instruction, au cas où celui-ci viendrait à être réellement empêché; car la loi ne lui donne point ce pouvoir; il ne peut pourvoir qu'au cas qui se présente, il ne peut pourvoir à l'avenir; il ne lui appartient point de placer, à côté du juge désigné par le gouvernement, un autre juge prêt à le suppléer sans cesse, et auquel serait attaché dès lors une sorte de caractère permanent. M. Mangin a cependant approuvé une telle désignation : « Elle n'a pour objet, dit cet auteur, que de pourvoir au cas où le titulaire sera dans l'impos-

¹ Mangin, De l'instr. écrite, tom. I, p. 5; Duverger, tom. I, p. 77.

² Carnot, tom. I, p. 286; Duverger, tom. I, p. 77.

³ Arr. cass. 17 oct. 1823 (Bull., n° 403); Dalloz, tom. III, p. 432; Journ. du Pal., tom. XVIII, p. 171.

sibilité de s'acquitter de sa mission. C'est une mesure sage de la part des tribunaux qui n'ont qu'un juge d'instruction ; l'empêchement de celui-ci peut tenir à des causes très-subites, survenues dans un moment où il est difficile de réunir le tribunal¹. » La Cour de cassation n'a pas adopté cette opinion, et elle a jugé avec raison : « que le pouvoir accordé par l'article 58 aux tribunaux, dans les villes où il n'y a qu'un juge d'instruction, de désigner l'un des juges pour le remplacer, ne peut être exercé que dans les cas spécifiés par cet article, d'absence, maladie ou autre empêchement, et que les tribunaux n'ont reçu, ni de cet article, ni d'aucune autre disposition de la loi, le pouvoir de nommer, d'une manière générale, et pour des cas indéterminés, un remplaçant permanent du juge d'instruction². »

Le tribunal doit être convoqué en entier pour faire cette désignation, soit qu'il soit composé d'une seule ou de plusieurs chambres ; car l'article 58 ne délègue cette mission qu'au tribunal. Toutefois, si c'est la chambre d'accusation qui, après avoir ordonné une information nouvelle, délègue à l'une des chambres du tribunal le soin de désigner un de ses membres pour procéder à cette information, la chambre ainsi déléguée est compétente, car elle n'agit plus en vertu de l'article 58, mais en vertu des articles 236 et 237 ; et le juge qu'elle désigne, chargé de l'instruction d'une seule affaire, ne peut être assimilé au juge qui reçoit une compétence générale pour instruire toutes les affaires ; c'est l'exécution d'une commission rogatoire plutôt que la délégation de l'instruction. C'est aussi dans ce sens que cette question a été jugée par la Cour de cassation. Un tribunal s'était déclaré incompétent par le motif : « qu'aux termes de l'article 58, il n'appartient qu'au tribunal entier et non à une chambre du tribunal de commettre un juge d'instruction pour remplacer l'ordinaire empêché ; que ce qu'une fraction du tribunal ne peut faire d'office, pour des besoins de service, elle ne peut le faire en vertu d'une délégation qui ne peut créer un droit dont le principe n'existe pas légalement ; que les juges d'instruction forment de véritables juridictions qui ne peuvent être établies, exclues, remplacées qu'en vertu de la loi et dans les termes qu'elle a établis, et qu'aucun texte n'autorise le tribunal, tel

¹ De l'instr. écrite, tom. I, p. 5.

² Arr. cass., ch. req., 21 juillet 1836 (J. P., tom. XXVII, p. 1511).

a pu prendre à l'avance et conserver une opinion prématurée qui peut exercer une influence sur l'opinion définitive qu'il est appelé à se former ensuite. Cependant ce danger, il faut le reconnaître, est moindre en matière correctionnelle qu'en matière criminelle : la simplicité des faits, leur importance secondaire, l'instruction brève et peu compliquée qui précède le jugement, ne donnent pas aux impressions du juge, en admettant qu'il les ait conservées, les mêmes inconvénients. Il ne s'agit plus de ces procédures ardues, où les preuves matérielles manquent, où l'opinion ne se forme que sur des données fugitives, des indices diversement appréciables, des faits différemment observés; ce n'est que là qu'un système conçu au moment de la première constatation de ces faits peut devenir réellement funeste à la manifestation ultérieure de la vérité. Que si, dans quelques cas, l'instruction d'un procès correctionnel peut, par ses difficultés et son importance, produire les mêmes effets, ces cas sont rares et ne peuvent motiver une prohibition absolue. Il serait d'ailleurs préférable que le juge d'instruction pût soit demeurer attaché à la chambre civile, soit se faire remplacer dans les affaires dont il a dirigé l'instruction. Mais comment concilier l'une ou l'autre de ces prescriptions avec une organisation judiciaire qui a établi des tribunaux de trois ou de quatre juges? Tels sont sans doute les motifs qui ont dicté les dispositions de la loi.

Notre Code, en effet, imitant sur ce point la réserve du Code du 3 brumaire an IV¹, n'a interdit par aucun de ses textes au juge d'instruction de connaître comme juge des affaires correctionnelles qu'il aurait instruites. A la vérité, l'article 55 se borne à déclarer qu'il conservera séance au jugement des *affaires civiles*; mais ces mots ne sont point restrictifs, et les articles 12 et 13 du décret du 18 août 1810, comme l'article 51 de celui du 30 mars 1808, supposent qu'il peut être successivement attaché par le roulement aux diverses chambres du tribunal. Il faudrait d'ailleurs une restriction expresse; car il est de principe que les incompatibilités sont de droit étroit, et qu'elles ne peuvent être étendues au delà des cas prévus par la loi. La Cour de

¹ Deux arrêts des 28 messidor an VIII et 16 messidor an IX avaient fait sortir une prohibition de la combinaison des articles 15 et 150 de ce Code; mais cette jurisprudence avait été abandonnée sur les conclusions de Merlin, *Quest. de droit*, v° *Directeur du jury*, 82; Arr. cass. 29 oct. 1808 (J. P., t. VII, p. 186).

qui a procédé à l'instruction. La Cour de cassation a reconnu, en conséquence, « que les expressions contenues en l'article 257 sont générales et absolues; que cet article ne fait aucune distinction entre le juge d'instruction titulaire et celui des juges qui en aurait provisoirement exercé les fonctions; qu'en effet, l'incompatibilité prononcée par cet article entre les fonctions de juge d'instruction et celles des membres des cours d'assises, prend sa source dans le caractère essentiel du juge d'instruction, qui, rangé par l'article 9 du Code d'instruction criminelle parmi les officiers de police judiciaire, se trouve en quelque sorte associé à l'action et à la recherche du ministère public dans les poursuites où il fait acte d'instruction ¹. »

1581. Cette décision s'étend même au cas où le juge n'aurait agi qu'en vertu d'une délégation, non-seulement temporaire, mais partielle et limitée, comme par exemple s'il était accidentellement chargé de procéder à tel ou tel acte de l'instruction. La Cour de cassation a jugé dans ce sens « qu'on ne saurait admettre qu'en présence de la disposition absolue de l'article 257, il soit permis de distinguer, quant à l'application de cet article, entre les cas où les actes d'instruction auxquels a pu procéder un juge d'instruction provisoire sont plus ou moins nombreux, plus ou moins décisifs dans la cause; qu'admettre cette distinction, ce serait substituer une disposition discrétionnaire et facultative à une disposition formellement prohibitive, dans une matière qui est d'ordre public, puisqu'elle touche à l'ordre des juridictions ². » Et on lit dans d'autres arrêts « que les expressions de l'article 257 sont absolues; qu'il n'y est fait aucune distinction entre le juge titulaire et le juge qui, dans le cours de la procédure, en a rempli accidentellement les fonctions ³. » Cette interprétation, considérée en principe, est parfaitement conforme à l'esprit de la loi; mais la difficulté commence quand il s'agit de l'appliquer.

Tout acte quelconque d'instruction doit-il faire écarter le juge qui l'a fait? Aucune distinction n'est-elle prescrite à cet égard? La Cour de cassation a posé la règle « qu'il suffit qu'un juge ait,

¹ Arr. cass. 1^{er} août 1829 (J. P., tom. XXII, p. 1308); et conf. 24 juin 1813 et 11 août 1820, tom. XI, p. 493, et tom. XVI, p. 112.

² Arr. cass. 1^{er} août 1829 (J. P., tom. XXII, p. 1308).

³ Arr. cass. 29 mai et 3 juillet 1834 (J. P., tom. XXVI, p. 578 et 794).

frauduleuse portée contre le failli¹. Ainsi le juge qui n'a procédé à des actes d'instruction que sur la délégation du président des assises ne peut être écarté du jugement. En effet, c'est le président des assises qu'il remplace et non le juge d'instruction. La Cour de cassation a jugé dans ce sens « qu'il n'y a aucune assimilation à faire entre l'instruction primitive terminée par l'ordonnance de la chambre du conseil ou l'arrêt de la chambre d'accusation, et les actes ultérieurs d'instruction nécessaires pour la manifestation de la vérité, et auxquels le président de la cour d'assises, en vertu de la délégation spéciale qu'il a reçue de la loi, peut seul procéder ou faire procéder, conformément aux articles 303 et 304; que, dès lors, l'article 257 est sans application à un magistrat qui, après avoir procédé à des actes d'instruction, par suite de la délégation spéciale de la cour d'assises, a concouru au jugement définitif et aux débats qui l'ont précédé². » Mais il n'en est plus ainsi lorsque les actes d'instruction auxquels procède le président des assises sont accomplis, non plus en vertu de l'article 303, mais en vertu de l'article 330 du Code d'instruction criminelle; lorsque ce magistrat agit, non plus pour compléter une instruction déjà faite, mais pour commencer une instruction nouvelle à l'égard du crime de faux témoignage commis à l'audience. Ce n'est plus alors comme président qu'il procède, c'est comme juge d'instruction, et il ne pourrait siéger ultérieurement dans la même affaire³.

1584. La prohibition ne s'applique qu'à l'audience de la cour d'assises où l'accusé est mis en jugement. La Cour de cassation, par deux arrêts des 2 février et 20 octobre 1832⁴, avait jugé que la prohibition s'étendait non-seulement à l'audience où s'ouvrent les débats, mais à l'audience d'ouverture de la session où se forme la liste des jurés de service; « attendu qu'il y a une corrélation nécessaire entre la formation de la liste des trente jurés et les affaires qui sont jugées dans la même session par le tirage au sort des jurés qui forment le jury de jugement ». Cette jurisprudence a donné lieu à une juste critique. La question n'était pas de savoir

¹ Arr. cass. 22 juillet 1819 (J. P., tom. XV, p. 424).

² Arr. cass. 12 juillet 1833 (J. du dr. crim., tom. V, p. 331, et conf. arr. cass., 9 sept. 1819 (J. P., tom. XV, p. 528).

³ Conf. arr. cass. 7 oct. 1824 (J. P., tom. XVIII, p. 1055).

⁴ Journ. du droit crim., tom. V, p. 5 et 290.

fait dans l'article 26 de ce titre : « Lorsqu'il sera question de procéder à quelque descente, *information* ou enquête, le juge récusé ne pourra passer outre. » Les légistes avaient induit du mot *information* le droit de récuser le juge d'instruction¹, et cette interprétation s'appuyait d'ailleurs sur l'article 2 du même titre, qui portait : « Le juge pourra être récusé en matière criminelle s'il est parent ou allié de l'accusé... » La jurisprudence allait même jusqu'à frapper de nullité la procédure instruite par un juge récusable, lors même que la récusation n'avait pas été proposée : « Si un juge, dit Serpillon, est obligé en matière civile de déclarer les causes qu'il sait avoir pour se récuser, il est encore plus étroitement obligé au criminel, parce que, toute l'instruction étant faite par le juge, son autorité est plus grande qu'au civil. Ainsi, par arrêt du Parlement de Paris, du 7 juillet 1702, une procédure criminelle faite par un juge parent de l'une des parties, quoique non récusé, fut cassée². »

1587. Notre législation criminelle est muette sur le droit de récusation. Une loi du 23 vendémiaire an IV avait accordé à chaque partie civile et à chaque accusé le droit de récuser l'un des juges du tribunal *péremptoirement* et sans motifs, sauf à proposer contre les autres des récusations fondées sur des motifs légitimes. Cette loi, abrogée par l'article 594 du Code du 3 brumaire an IV, n'a été suivie, ni dans ce Code, ni dans notre Code d'instruction criminelle, d'aucune disposition sur la même matière. La jurisprudence a suppléé à cette lacune en déclarant les règles du Code de procédure civile relatives à la récusation applicables en matière criminelle³. Les motifs de cette jurisprudence sont : « que le droit de récusation se lie essentiellement au droit de défense; que les causes qui donnent ouverture à ce droit et les conséquences qu'entraîne son exercice sont communes à toutes les juridictions; qu'à défaut d'un texte spécial qui, en matière criminelle, en ait limité les conditions et déterminé les formes, il

¹ Jousse, tom. III, p. 160; Serpillon, tom. II, p. 299; Muyart de Vouglans, Instit., p. 126.

² Serpillon, tom. II, p. 299.

³ C. proc. civ., art. 44 et suiv., 378 et suiv; Arr. cass. 24 oct. 1817, 8 oct. 1819, 15 oct. 1829, 14 oct. 1824, 6 janv. et 3 oct. 1835, 3 août 1838, 17 août 1839, 13 fevr. 1846; Carnot, sur l'art. 257 du C. instr. crim., n. 5; Legraveand, tom. II, p. 45; Mangin, De l'instr. écrite, tom. I, p. 41.

Toutefois, si le juge d'instruction était récusé, non comme juge d'instruction, mais comme membre du tribunal correctionnel, l'article 542 n'aurait plus d'application, puisque la récusation n'atteindrait plus une juridiction entière, mais seulement l'un de ses membres. Il y aurait lieu dès lors de recourir aux règles établies par le Code de procédure civile. Ce serait donc au tribunal dont fait partie le juge récusé, et qui est saisi de la cause à l'occasion de laquelle la récusation est formée, à statuer sur cette récusation¹.

Une autre observation est que si toutes les causes de récusation constituent nécessairement une cause de suspicion légitime contre le juge d'instruction, il ne s'ensuit pas que la suspicion légitime elle-même soit exclusivement enfermée dans les causes de récusation. La loi, en effet, ne l'a point définie; elle a déferé à la Cour de cassation le pouvoir discrétionnaire d'apprécier les faits et les circonstances qui peuvent l'établir, et d'ordonner, quand elle le juge convenable, le renvoi qui lui est demandé². Toute cause de suspicion peut donc être proposée, même en dehors des causes de récusation, et le droit de la Cour pour y statuer n'a d'autres limites que celles que lui imposent sa conscience et ses lumières.

1590. Le juge d'instruction, lors même qu'aucune récusation n'est dirigée contre lui, peut s'abstenir, s'il croit avoir des motifs de ne pas procéder à l'instruction d'une procédure. Cette règle s'appliquait à tous les juges dans notre ancien droit. L'article 118 de l'ordonnance de mai 1579 portait : « Tous juges, tant de nos cours souveraines ou inférieures, qui sauront causes de suspicion ou récusation pertinente et admissible en leurs personnes, pour lesquelles ils pourraient être valablement récusés par les parties plaignantes, seront tenus les déclarer par-devant les juges, sans attendre que l'on les leur propose... » Mais il n'appartenait qu'à la juridiction d'apprécier les causes de l'abstention et de décider si elles étaient fondées. L'article 17, titre XXIV, de l'ordonnance de 1667 ajoutait, en effet : « Aucun juge ne pourra se déporter du rapport et jugement des procès qu'après avoir déclaré à la chambre les causes pour lesquelles il ne peut demeurer

¹ Conf. arr. cass. 24 oct. 1817 (J. P., tom. XIV, p. 488).

² Conf. Mangin, n. 22.

juge, et que, sur la déclaration, il n'ait été ordonné qu'il s'abstiendra. »

Cette règle a été maintenue dans notre droit nouveau. L'article 380 du Code de procédure civile porte : « Tout juge qui saura cause de récusation en sa personne sera tenu de la déclarer à la chambre, qui décidera s'il doit s'abstenir. » Ainsi, comme dans l'ancienne législation, le juge a le devoir de déclarer les causes de récusation qu'il connaît en lui-même, et il ne fait que les proposer, il ne les apprécie pas ; car, suivant les termes d'un arrêt, « le magistrat, investi d'un mandat public, n'est pas le maître de s'affranchir à son gré des obligations que la loi et ses fonctions lui imposent ¹ ». Cette appréciation ne peut être faite que par la chambre à laquelle il appartient.

1591. Est-ce également à cette chambre que le juge d'instruction doit proposer son départ ? La question de savoir s'il y a dans sa personne motif de suspicion légitime, soit que cette question soit élevée par les parties ou spontanément par lui-même, n'appartient-elle pas, dans le cas d'abstention aussi bien que dans le cas de récusation, à la Cour de cassation ? La jurisprudence a fait à cet égard une distinction fondée sur le caractère différent de la récusation et de l'abstention : la première est l'exercice d'un droit de la défense, un incident de la procédure qui tend à un changement de juridiction ; l'abstention n'est qu'un acte de propre mouvement du juge qui donne lieu à une décision sans débat du tribunal saisi ; la première repousse la juridiction, la seconde ne fait que constater un cas d'empêchement. La Cour de cassation a déclaré, en conséquence, « que si les récusations proposées contre les juges d'instruction constituent de véritables demandes de renvoi pour cause de suspicion légitime, et doivent, conformément à l'article 542, être portées devant la Cour de cassation, il n'en est pas de même de la déclaration par laquelle un juge d'instruction reconnaît qu'il existe en sa personne une cause de récusation ; que, dans le premier cas, il s'agit d'une instance introduite dans le but de faire ôter à ce juge l'instruction du procès et de dépouiller une juridiction saisie par la volonté de la loi ; que c'est là une procédure qui donne lieu à un véritable jugement ; que, dans le second cas, il ne s'agit réellement

¹ Arr. cass. 17 août 1839 (J. du droit crim., 1839, p. 342).

cas, être graves ; car si le juge doit être porté à s'abstenir toutes les fois qu'il peut se défier de sa propre impartialité, il ne faut pas perdre de vue qu'il exerce un office public, que son devoir est de l'exercer avec fermeté, et que ce n'est qu'autant que l'intérêt de la justice peut paraître compromis qu'il y a lieu d'accueillir son abstention.

1593. Le juge d'instruction doit-il continuer de suivre la procédure jusqu'à ce qu'il ait été prononcé soit sur la récusation, soit sur son abstention ? L'ancienne jurisprudence décidait qu'il devait continuer : « Une demande en récusation indécise, dit Rousseaud de la Colombe, ne peut arrêter et suspendre l'instruction d'un procès criminel, parce qu'il faut toujours assurer, fixer et constater les preuves qui pourraient, pendant cette instruction, périlcliter... De là il résulte que, jusqu'à ce que la récusation soit jugée, le juge récusé préposé à l'instruction peut continuer d'y procéder jusqu'au jugement définitif exclusivement, qui cependant ne peut être rendu par le juge récusé qu'après qu'il aura été statué sur la récusation ¹. » Cette distinction pourrait encore être invoquée en matière correctionnelle, où le juge d'instruction peut connaître comme juge de l'affaire qu'il a instruite. Mais en matière criminelle, où la récusation repousse le juge d'instruction, non point à raison du jugement, puisqu'il ne peut y prendre part, mais à raison de l'instruction même dont il est chargé, la question change de face. Nous croyons néanmoins que le même principe doit servir à la décider. En ce qui concerne l'abstention, comme c'est le juge qui en prend l'initiative, et qu'il peut soumettre immédiatement ses motifs à la chambre dont il fait partie, il est clair qu'il lui appartient d'apprécier, jusqu'à ce qu'elle ait prononcé, si les mesures sollicitées par l'instruction sont urgentes et s'il peut les ordonner. Ce n'est qu'au cas de récusation que la question devient grave, d'abord parce que c'est la défense qui rejette la participation du juge à l'instruction, ensuite parce que les formes de la procédure, qui sont celles du renvoi pour cause de suspicion légitime, exigent de plus longs délais. Mais l'article 531 du Code d'instruction criminelle en contient évidemment la solution. Le 2^e § de cet article est ainsi conçu : « La notification qui sera faite de cet arrêt (de *soit com-*

¹ Traité des mat. crim., chap. ix, n. 16, p. 110.

1596. Le juge d'instruction peut donc être pris à partie, d'une part, pour dol, fraude, concussion ou déni de justice, et, d'une autre part, pour l'un des faits prévus par les articles 77, 112 et 338 du Code d'instruction criminelle. Or, ces cas différents de prise à partie sont-ils soumis à des règles diverses? Si le dol du juge est une condition de quelques ouvertures, l'est-il également des autres? Suffit-il que l'une des formalités énoncées par les articles 77 et 112 ait été omise pour que le recours doive être accueilli? Il faut remarquer d'abord que ces articles ajoutent l'un et l'autre ces mots *s'il y a lieu, s'il y échet*; d'où il suit qu'il appartient à la cour, qui statue sur la demande aux termes de l'article 509 du Code de procédure civile, d'apprécier la gravité de l'imputation dirigée contre le juge. Mais ensuite il ne serait pas exact de croire que le dol est un élément indispensable de la prise à partie dans tous les cas prévus par l'article 505. Cet article, en établissant quatre ouvertures, n'a point fait de l'intention dolosive une condition commune à toutes ses dispositions. Sans doute l'imprudence du juge, comme dans la loi romaine, ou son impéritie, comme dans nos anciennes ordonnances, ne suffiraient pas; il résulte de l'esprit de la loi, de la réserve avec laquelle elle a posé les cas de prise à partie, du caractère de ceux qu'elle a positivement énoncés, qu'une faute lourde et préjudiciable à la partie est nécessaire pour qu'il y ait lieu à l'action. Mais cette faute peut puiser sa gravité non-seulement dans la fraude et l'intention de nuire, mais encore dans une négligence énorme, dans un excès de pouvoir, dans une violation volontaire des règles légales, pourvu, répétons-le, que cet abus ait causé un préjudice, car l'objet de la prise à partie est moins la punition de la faute que la réparation du dommage¹.

On trouve une application de cette doctrine dans la jurisprudence. Un juge d'instruction avait fait exécuter un mandat d'arrêt à raison d'un fait *qui ne renfermait pas même l'apparence d'un délit*. La Cour de cassation a déclaré, sous l'empire du Code du 3 brumaire an IV, qu'il y avait lieu à prise à partie contre le juge : « attendu que les mandats d'amener et d'arrêt ne peuvent être décernés que lorsqu'il existe des preuves ou des présomptions de délit; qu'aux termes de l'article 565 du Code du 3 brumaire an IV, la prise à partie est autorisée quand il y a eu

¹ Bourguignon, Manuel d'instr. crim., p. 113. — Voy. aussi n° 595.

dol de la part d'un juge; que, lorsqu'il s'agit d'instances civiles en dommages-intérêts, la loi assimile la faute grave au dol; que, dans l'espèce, la revente faite par la veuve Pasdieu n'a pu donner lieu à des poursuites correctionnelles, quand bien même on voudrait l'envisager comme stellionnat; que le conseil donné par le demandeur, dans les termes allégués, ne renferme pas même l'apparence d'un délit; d'où la conséquence que le mandat d'amener, la traduction à la police correctionnelle et le mandat d'arrêt constituent une faute grave de la part du défendeur¹. »

1597. Les cas de prise à partie sont-ils les seuls cas de responsabilité du juge d'instruction? Cette responsabilité est-elle limitée aux fautes graves prévues par l'article 505 du Code de procédure civile et les articles 77, 112 et 338 du Code d'instruction criminelle?

On a vu que la loi romaine déclarait le juge responsable non-seulement du préjudice qu'il causait par son délit, *per dolum*, mais encore par son imprudence, *per imprudentiam*. Il a été également constaté que notre ancienne législation permettait la prise à partie contre le juge non-seulement pour dol ou concussion, mais pour *fautes notables dans l'expédition des procès-criminels, pour erreur évidente en fait et en droit pour faute manifeste, pour connivence avec les délinquants ou négligence à les poursuivre, pour détention arbitraire des prévenus, pour retards prolongés de la procédure, pour contravention aux ordonnances, enfin pour les nullités de l'instruction*. Toutes ces fautes étaient assimilées au dol et entraînaient une action en dommages-intérêts contre le juge.

Notre législation moderne, soit qu'elle ait accordé plus de confiance dans l'honneur et l'impartialité du juge, soit qu'elle ait pris moins de souci des intérêts des parties, n'a point reproduit ces dispositions. Elle s'est bornée à emprunter, en l'affaiblissant, l'article 24 du titre XV de l'ordonnance de 1670. Cet article était ainsi conçu : « S'il est ordonné que les témoins seront ouïs une seconde fois, ou le procès fait de nouveau à cause de quelque nullité dans la procédure, le juge qui l'aura commise sera condamné d'en faire les frais et payer les vacations de celui qui y procédera, et encore les dommages-intérêts de toutes les par-

¹ Arr. cass. 23 juillet 1806 (J. P., tom. V, p. 429).

rait les donner à qui bon lui semblerait, malgré la disposition de la loi; qu'au contraire, on ne pouvait douter qu'il ne fût plus pur, plus honnête et plus utile d'astreindre les juges par l'appréhension des peines à l'observation de la loi, que de souffrir qu'ils la pussent impunément violer; que le juge étant fait pour la loi et non la loi pour le juge, il était bien plus honnête que le magistrat obéît à la loi, dont il était ministre, que la loi au magistrat, dont elle est la supérieure; qu'enfin le public ne pouvait recevoir de préjudice par la condamnation d'un juge qui contreviendrait à la loi, tandis qu'au contraire il courrait un péril extrême si le juge était maître de la loi, en sorte que sans crainte d'aucune peine il pût la violer, parce que, et quelque conscience, quelque honneur qu'il eût, il lui serait difficile de tenir la balance si ferme et si droite, qu'il ne la laissât imperceptiblement pencher du côté où le cœur incline, si, par la crainte de quelque peine, on ne soutenait les sentiments d'honneur et de justice contre les atteintes de la brigue et des passions¹. » Cette difficulté dut être soumise à Louis XIV, qui, partageant cette dernière opinion, maintint les pénalités proposées contre les juges par le projet².

1599. Notre Code n'a point suivi la doctrine de M. Pussort, doctrine remarquable en elle-même et à raison de l'époque où elle était consacrée; il n'a point continué aux parties les garanties que leur assurait l'ordonnance de 1667. Se fiant, comme le voulait M. le premier président de Lamoignon, à la conscience et à l'honneur des juges, il a craint sans doute d'entacher leur caractère par des précautions qu'il jugeait surabondantes; il n'a voulu prévoir ni l'impéritie qui exerce aveuglément l'autorité judiciaire, ni l'abus qui l'applique en dehors de ses limites légales, ni la légèreté qui, plus fréquente que la prévarication, produit les mêmes effets. A la vérité, la magistrature, plus éclairée qu'au dix-septième siècle et plus généralement pénétrée du sentiment du devoir, laisse plus rarement approcher d'elle le reproche de l'ignorance ou le soupçon de la partialité. Mais l'instruction et le zèle du magistrat ne le mettent point à l'abri des faiblesses, des passions, des entraînements qui appartiennent à la nature de

¹ Procès-verbal des conférences tenues pour l'examen des articles de l'ord. d'avril 1667, p. 475.

² Même procès-verbal, p. 504.

ciaire, sous la surveillance du procureur général. » L'article 279 répète : « Tous les officiers de police judiciaire, même les juges d'instruction, sont soumis à la surveillance du procureur général. » Cette surveillance peut donner lieu aux actes prévus par les articles 280 et 281. « Article 280 : En cas de négligence des officiers de police judiciaire et des juges d'instruction, le procureur général les avertira : cet avertissement sera consigné par lui sur un registre tenu à cet effet. » « Article 282 : En cas de récidive, le procureur général les dénoncera à la cour. Sur l'autorisation de la cour, le procureur général les fera citer à la chambre du conseil. La cour leur enjoindra d'être plus exacts à l'avenir et les condamnera aux frais, tant de la citation que de l'expédition et de la signification de l'arrêt. » L'article 282 ajoute : « Il y aura récidive lorsque le fonctionnaire sera repris, pour quelque affaire que ce soit, avant l'expiration d'une année, à compter du jour de l'avertissement consigné sur le registre. »

Quels sont les faits qui peuvent motiver cette mesure spéciale de discipline ? La loi a pris soin de le dire expressément : ce sont les faits de négligence dans l'exercice des fonctions de la police judiciaire. Ces faits échappaient, en effet, à l'action de la discipline générale, qui s'occupe plutôt de la dignité du caractère du magistrat que de la manière dont il exerce ses fonctions ; et il y avait à craindre, d'une autre part, que les officiers de police judiciaire, la plupart étrangers à l'organisation de la justice, n'apportassent une certaine inertie dans l'accomplissement d'une mission qui demande la plus grande activité. Enfin, il était nécessaire, pour que la police judiciaire pût déployer toute sa puissance, que son action fût provoquée dans chaque ressort par une autorité centrale, et cette autorité ne pouvait être que le procureur général.

1601. Mais, en ce qui concerne le juge d'instruction, quels sont les effets de cette surveillance ? Doit-elle s'étendre à tous ses actes, ou seulement à ceux qui se rattachent à la police judiciaire ? Y est-il soumis comme officier de police ou comme juge ?

Les auteurs sont divisés sur cette question. M. Legraverend dit : « Le procureur général peut, quand il y a lieu, donner au juge d'instruction des avertissements et des ordres ; ces ordres, toutefois, ne sauraient avoir pour objet que de provoquer l'action de

texte de la loi la limite aux seuls cas de négligence? Comment faire intervenir une peine pour punir soit une erreur du juge, soit une fausse application de la loi, quand le texte n'a prévu que l'inertie?

Il nous paraît donc que le procureur général a le droit de prescrire au juge d'instruction les actes de police judiciaire qu'il croit utiles à l'action publique; qu'il peut même lui demander compte de l'état des affaires dont il est saisi, s'enquérir des retards qu'elles éprouvent et lui donner des instructions pour les faire cesser. La négligence de ce juge à se conformer à ses prescriptions peut motiver l'application de l'article 280; mais là s'arrête cette surveillance. Elle ne peut aller jusqu'à prescrire la marche à suivre dans une affaire, à ordonner la délivrance de tels ou tels mandats, à blâmer les faits accomplis par le juge dans la sphère de son pouvoir. Le ministère public peut prescrire les actes de police judiciaire; il ne peut que requérir les actes d'instruction.

CHAPITRE QUATRIÈME.

ATTRIBUTIONS GÉNÉRALES DU JUGE D'INSTRUCTION.

1604. Objet de ce chapitre : attributions du juge d'instruction relativement à l'instruction.

§ I. *Séparation du droit de poursuite et du droit d'informer.*

1605. Distinction du droit de poursuivre et du droit de constater.

1606. Cette distinction est devenue l'un des principes du Code.

1607. Ce principe admet une double exception dans les cas de flagrant délit.

1608. Droits du juge d'instruction dans les cas de flagrant délit.

§ II. *Communication de la procédure au ministère public.*

1609. Rapports du juge d'instruction et du procureur impérial.

1610. Quels étaient ces rapports dans notre ancienne législation.

1611. Esprit et textes du Code sur ce point.

1612. La communication n'est expressément prescrite qu'au commencement et à la fin de la procédure.

§ III. *Droits du juge lorsqu'il est saisi par les réquisitions du ministère public.*

1613. Quel est l'effet des réquisitions et quels sont les droits du juge.

1614. Le juge d'instruction, saisi par un réquisitoire à fin d'informer, peut-il refuser de procéder à l'information?

1615. Il peut s'abstenir sur l'incompétence ratione loci.

1616. Le jury est-il lié par le réquisitoire? Doit-il ordonner nécessairement les actes qui lui sont indiqués?

§ VII. *Visites des maisons d'arrêt et de justice.*

1647. Droit de visiter les maisons d'arrêt et de justice, et d'y donner les ordres nécessaires à l'instruction.
 1648. Examen des articles 611 et 613. Droits qui résultent de leurs textes.

§ VIII. *Règles générales des fonctions du juge d'instruction.*

1649. Il existe des règles que doit observer le juge d'instruction dans l'exercice de ses fonctions.
 1650. De sa qualité de juge résulte l'obligation de l'impartialité entre le ministère public et les parties.
 1651. Son premier devoir est la recherche consciencieuse de la vérité.
 1652. Son indépendance doit se manifester surtout dans les affaires politiques.
 1653. Examen de la maxime que le juge doit procéder diligemment.
 1654. Il doit instruire à charge et à décharge.
 1655. Il ne doit employer que les mesures autorisées par la loi.
 1656. Il ne doit les employer que lorsqu'elles sont nécessaires.

1604. Nous venons d'exposer l'organisation du juge d'instruction. Nous connaissons les lois qui régissent son institution, les règles de responsabilité qui le suivent dans l'exercice de ses fonctions, la discipline à laquelle il est soumis. Il faut examiner maintenant ces fonctions elles-mêmes.

Le juge d'instruction a pour mission l'instruction des procédures criminelles. Toutes les attributions que la loi lui a conférées ont pour objet l'accomplissement de cette mission.

Quelles sont ces attributions? Quels sont les actes auxquels il peut procéder, les mesures qu'il peut ordonner? Quelles sont les bornes du terrain où il se meut, du pouvoir qu'il exerce? Ce sont là les points qu'il faut essayer d'éclaircir. Quand nous aurons tracé le cercle de ses fonctions, nous examinerons une à une les mesures d'instruction qu'il emploie pour en déterminer le caractère et les formes, et pour préciser les cas de leur application.

Le juge d'instruction a pour fonction générale d'accomplir ou d'ordonner tous les actes qui constituent la procédure criminelle.

Nous l'avons vu procéder, comme officier de police judiciaire, dans les cas de flagrant délit. Comme juge, il ne prend part ni aux actes de recherche, ni aux actes de poursuite : il vérifie les faits qui lui sont dénoncés, il emploie tous les moyens d'investigation que la loi a mis à sa disposition pour préparer la manifestation de la vérité, il instruit la procédure.

Ainsi, il constate par des procès-verbaux les faits qui ont donné lieu à la poursuite;

Si ces faits ont déjà été constatés par la police judiciaire, il examine ses procès-verbaux et refait ceux qui ne lui paraissent pas complets (art. 60);

Il se transporte sur les lieux, soit pour vérifier les traces du crime, soit pour recueillir les indices et les preuves de sa perpétration, soit pour opérer des perquisitions (art. 47, 62, 87 et 88);

Il procède à des visites domiciliaires, soit au domicile du prévenu, soit chez des tiers, pour faire la recherche des effets, papiers et de toutes les choses qui peuvent servir de pièces de conviction (art. 36, 37, 88);

Il saisit tous les objets qui peuvent être utiles à la manifestation de la vérité (art. 37 et 89);

Il reçoit les plaintes et la constitution des parties civiles (art. 63);

Il entend les témoins, il dresse le procès-verbal de leurs déclarations, et prononce des peines contre les défaillants (art. 80, 81, 83);

Il délègue des experts pour procéder à toutes les opérations qui peuvent faciliter l'action de la justice (art. 43);

Il décerne des commissions rogatoires pour procéder aux actes qui doivent être faits en dehors de la ville où il réside (art. 84, 85, 90);

Il statue sur tous les incidents qui s'élèvent dans le cours de la procédure, soit sur sa compétence, soit sur les mesures qu'il ordonne, soit sur les réquisitions qui lui sont adressées (art. 60 et 69);

Il ordonne l'arrestation des inculpés et procède à leur interrogatoire (art. 94 et suiv.);

Il requiert directement la force publique pour assurer l'exécution de toutes les mesures qu'il prescrit (art. 25, 99 et 108);

Enfin, lorsqu'il juge la procédure suffisamment instruite, il statue sur la prévention et règle la compétence, après l'avoir communiquée au ministère public (art. 127 et suiv.).

Tels sont les principaux actes des fonctions du juge d'instruction : nous reprendrons plus loin chacun de ces actes pour le suivre et l'examiner dans son application. Mais il faut d'abord poser les règles qui dirigent l'exercice de toutes ces attributions.

Le projet de notre Code avait adopté d'abord ce dernier système (n° 452) : le procureur impérial était chargé, dans ce projet, de « constater les traces des crimes et délits par des procès-verbaux, de recueillir les indices et les preuves qui existent à l'égard des prévenus, et de les traduire devant le juge d'instruction ». Cette proposition, qui confondait les deux attributions du ministère public et du juge, fut combattue dans le sein du conseil d'État et complètement écartée. On lui opposa que, par son institution, le ministère public est partie ; qu'à ce titre, il lui appartient de poursuivre ; mais que, par cela même, il serait contre la justice de le laisser faire des actes d'instruction ; que si la réunion des deux fonctions de partie publique et de juge d'instruction, proscrite par notre ancienne législation, paraît devoir accélérer la procédure, elle se présente sous un aspect défavorable, parce qu'il est difficile que l'homme qui poursuit conserve son impartialité quand il s'agit d'instruire ; qu'à la vérité, les erreurs peuvent être reconnues et réparées aux débats ; mais est-ce qu'on ignore quels funestes préjugés s'élèvent contre l'homme qui se trouve inermement par les premiers actes de l'instruction ? Que si l'on fait valoir l'intérêt de puiser la vérité dès le premier moment, pourquoi le juge ne se transporterait-il pas sur les lieux en même temps que le procureur impérial ? que le ministère de ce dernier, consistant essentiellement à poursuivre, il devait, comme partie publique, comparaître devant les juges, comme une autre partie¹. Ces motifs l'emportèrent, et l'archichancelier formula l'opinion qui fut adoptée en ces mots : « Les anciennes ordonnances maintenaient constamment le procureur général dans l'attitude de partie poursuivante ; c'est là ce qu'il importe de conserver. C'est déjà une prérogative immense que ce droit illimité de poursuivre ; il faut bien se garder d'y ajouter encore celui de s'immiscer dans les fonctions de juge. Or, le droit de constater les délits rentre certainement dans ces fonctions. Il est bon de rentrer dans les limites de l'ancienne législation, et de séparer comme autrefois les fonctions propres à la partie publique de celles qui sont essentiellement du ministère du juge. »

1606. Cette distinction est devenue l'un des principes du Code d'instruction criminelle. L'article 22 porte que les procureurs

¹ Voy. le texte de cette discussion dans notre tome I, n° 456 et suiv.

impériaux sont chargés de la recherche et de la poursuite de tous délits ; l'article 47, que lorsqu'ils auront été instruits qu'il a été commis dans leur arrondissement un crime ou un délit, ils sont tenus de requérir le juge d'instruction qu'il en soit informé ; les articles 53, 54 et 64, qu'ils sont également tenus de transmettre au juge d'instruction, avec les réquisitions qu'ils jugent convenables, les dénonciations, procès-verbaux et autres actes faits par les officiers de police judiciaire ; l'article 61, que le juge d'instruction ne fera aucun acte d'instruction et de poursuite qu'il n'ait donné communication de la procédure au ministère public ; l'article 70, que le juge saisi d'une plainte ordonne la même communication, pour être requis ce qu'il appartiendra, avant de commencer l'instruction. On pourrait multiplier la citation des textes. On trouve dans toutes les dispositions du Code le principe de la séparation des deux fonctions rétabli et les deux institutions du ministère public et du juge instructeur placées sur les mêmes bases que dans notre ancien droit.

Ainsi, les deux fonctions sont désormais nettement divisées : le ministère public requiert, le juge statue sur les réquisitions ; l'un exerce l'action publique, introduit la poursuite et conclut à toutes les mesures qui peuvent développer la procédure, l'autre ordonne ces mesures et procède à leur exécution ; l'un provoque tous les actes de l'instruction, l'autre les accomplit. Cette division des pouvoirs, qui maintient exclusivement entre les mains du juge toute la procédure, est la plus forte garantie de l'instruction, puisque le juge, par l'indépendance même de ses fonctions, ne peut avoir d'autres intérêts que les intérêts de la justice.

1607. Néanmoins ce principe admet une double exception dans les cas de flagrant délit. Le législateur a pensé qu'il pourrait y avoir quelque péril, dans l'intérêt de l'ordre social, à maintenir rigoureusement, et dans tous les cas, les divers pouvoirs du ministère public et du juge dans les limites qui, en règle générale, sont imposées à leur exercice ; que, lorsque le délit est flagrant, il est urgent d'en saisir les preuves encore vivantes, d'en constater immédiatement toutes les circonstances et de donner satisfaction au sentiment public par la présence instan-

tanée d'un magistrat qui promet les réparations de la justice¹. Dans ce cas exceptionnel, les attributions normales s'effacent donc ; le procureur impérial et le juge d'instruction cumulent l'un et l'autre, à raison de l'urgence des circonstances, les attributions que la loi a séparées : l'un, qui, en général, n'est compétent que pour poursuivre, fait des actes d'instruction ; l'autre, qui n'est chargé que d'instruire, agit d'office et commence la poursuite.

Cette double dérogation aux principes généraux du Code est l'objet des articles 32 et 59. L'article 32 porte : « Dans tous les cas de flagrant délit, lorsque le fait sera de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante, le procureur impérial se transportera sur les lieux, sans aucun retard, pour y dresser les procès-verbaux nécessaires à l'effet de constater le corps du délit, son état, l'état des lieux, et pour recevoir les déclarations des personnes qui auraient été présentes, ou qui auraient des renseignements à donner. Le procureur impérial donnera avis de son transport au juge d'instruction, sans être toutefois tenu de l'attendre pour procéder. » Et l'article 59 ajoute : « Le juge d'instruction, dans tous les cas réputés flagrant délit, peut faire directement et par lui-même tous les actes attribués au procureur impérial. Le juge d'instruction peut requérir la présence du procureur impérial, sans aucun retard néanmoins des opérations prescrites. »

Ainsi, d'une part, le ministère public supplée le juge et procède provisoirement aux actes de l'instruction, et, d'une autre part, le juge suppléant également le ministère public, instruit d'office, et fait acte de poursuite. Mais, après avoir posé ces deux exceptions, la loi en a établi les limites avec soin.

Le procureur impérial se transporte sur les lieux, constate le corps du délit, reçoit les déclarations des personnes présentes, appelle les parents, voisins ou domestiques présumés en état de donner des éclaircissements sur le fait (art. 32 et 33), dresse le procès-verbal, interdit aux personnes présentes de s'éloigner du lieu avant sa clôture (art. 34), saisit les instruments du crime et les pièces de conviction (art. 35), fait des perquisitions au domicile du prévenu et y saisit les effets et papiers utiles à la manifestation de la vérité (art. 36 et 37), se fait assister par des experts

¹ Voy. notre tome I, nos 456 et suiv.

qu'il délègue pour apprécier les faits (art. 43 et 44), et enfin décide contre le prévenu un mandat d'amener (art. 40). Mais là s'arrête son droit, parce que, ainsi réglé, il suffit à pourvoir à l'urgence des circonstances; il suffit à constater les faits périssables, à réunir les premiers éléments de la preuve et à prévenir la fuite des coupables. Il ne devait pas aller au delà. Ainsi, au moment même de son transport, il est tenu, dès qu'il se transporte seul, d'en donner avis au juge d'instruction (article 32); il ne peut entendre que les personnes présentes sur les lieux et les parents, voisins ou domestiques, et il ne les entend qu'à titre de simples déclarations (art. 32 et 33); il ne peut faire des perquisitions qu'au domicile du prévenu et non au domicile des tiers (art. 36 et 37); il ne peut prononcer aucune peine contre les contrevenants à ses ordres (art. 34); il ne peut décerner contre le prévenu qu'un ordre provisoire d'arrestation, le mandat d'amener (art. 40); enfin, dès que ces actes provisionnels sont accomplis, son pouvoir d'instruction expire, et il doit les transmettre au juge, qui peut les refaire et les compléter. Il y a plus; si le juge, averti par l'avis du procureur impérial, arrive sur les lieux avant la fin de ses opérations, ce dernier abdique aussitôt son office temporaire de juge; il reprend, en présence de ce magistrat, ses attributions du ministère public; il se borne à requérir, et le juge statue sur ses réquisitions (voy. n° 1155 et suiv.)¹.

1608. Le juge d'instruction n'est point resserré dans les mêmes limites. Il n'acquiert, en effet, qu'une seule attribution nouvelle, le droit d'agir d'office, de mettre en mouvement l'action publique, de procéder à des actes d'instruction sans être provoqué par les réquisitions du ministère public. Ce droit, il l'exerce, s'il le juge convenable, dans tous les cas de flagrant délit, car la loi ne lui impose que comme une faculté d'appeler le procureur impérial lorsqu'il saisit la justice par ses actes; l'article 59 porte : « Le juge d'instruction *peut requérir* la présence du procureur impérial. » Mais, en dehors de ce droit d'initiative qui ne lui appartient pas, le juge, en procédant à tous les actes qui ont pour but de consacrer le flagrant délit, ne fait qu'exercer un pouvoir qui lui est propre, car il a la plénitude du pouvoir d'informer. En

Voy. Exposé des motifs du Code, Loqué, tom. XXV, p. 242.

rieusement des réquisitions. Pourquoi cette mention surabondante, si la règle était absolue?

Et puis, si le texte de l'article 61 devait être entendu littéralement, s'il était interdit au juge de faire un acte quelconque sans réquisitions préalables du ministère public, l'instruction deviendrait impossible, car elle serait arrêtée à chaque pas. L'action judiciaire serait perpétuellement entravée par des communications qui prennent souvent plusieurs jours, et les actes les plus urgents n'interviendraient jamais à temps. En enchaînant le juge, on paralyserait la justice; en exigeant perpétuellement le concours du ministère public, on prolongerait indéfiniment les détentions préventives.

1612. La solution de ce problème est dans les paroles de M. Berlier. Les réquisitions du ministère public doivent nécessairement intervenir à deux époques : au seuil de la procédure et à son terme; ce sont là deux prescriptions impérieuses de la loi. Quand l'instruction commence, soit que le procureur impérial ait reçu la plainte, soit qu'elle lui ait été transmise par ses officiers auxiliaires, soit qu'elle lui ait été communiquée par le juge d'instruction, il doit, en la remettant à ce juge, formuler ses réquisitions : les articles 53, 54, 64 et 70 établissent dans les termes les plus exprès la nécessité de ce premier réquisitoire qui engage l'action publique et donne au juge le droit d'agir. Quand l'instruction est terminée, le procureur impérial doit requérir encore avant que le juge rende son ordonnance; l'article 127 dit formellement que communication sera préalablement donnée au procureur impérial pour être par lui requis ce qu'il appartiendra. Mais, entre ces deux points extrêmes de la procédure, le juge d'instruction peut librement se mouvoir : saisi par le réquisitoire à fin d'informer, il peut procéder à tous les actes de l'information, il peut employer tous les moyens d'instruction que comporte l'affaire, ordonner toutes les mesures qu'il juge convenables. Requis d'instruire et maître de l'instruction, il l'édifie comme il croit devoir le faire et sous sa responsabilité.

Nous ne voulons pas dire, néanmoins, ce qui serait contraire au texte de l'article 61, que le procureur impérial ne doive prendre de réquisitions qu'au commencement et à la fin de la

procédure; nous entendons seulement qu'à ces deux époques elles sont nécessaires, et que, dans l'intervalle qui les sépare, elles ne sont plus que facultatives : telle est, nous le croyons, la règle légale. Ainsi, comme dans notre ancien droit, le procureur impérial peut toujours dans le cours de la procédure demander la communication, soit pour prendre les réquisitions qu'il juge utiles, soit pour transmettre au procureur général les renseignements prescrits par l'article 249. Ainsi, lors même que l'instruction est terminée, il peut requérir un supplément d'instruction pour éclairer les faits qui lui paraissent obscurs ou mal appréciés. Ainsi le juge d'instruction lui-même peut désirer, lorsque les affaires sont difficiles, faire partager sa responsabilité en ordonnant la communication des pièces. Enfin il y a des actes qui ne peuvent être prescrits que sur les conclusions du ministère public, et pour lesquels dès lors la communication est nécessaire. Mais, et c'est à ces termes que paraît se résumer ce point de doctrine, en dehors des cas où la communication est expressément ordonnée par la loi, elle n'est point indispensable à la régularité de la procédure, et ce n'est qu'autant qu'elle est soit prescrite d'office par le juge, soit requise par le ministère public, qu'elle doit avoir lieu¹.

Cette solution paraît, au surplus, avoir été implicitement consacrée dans un arrêt de la Cour de cassation qui déclare : « Qu'aux termes des articles 61 et 127, le ministère public doit avoir communication de la procédure avant tout acte d'instruction et de poursuite, et faire toutes les réquisitions qu'il juge convenables; qu'il doit en avoir connaissance après que l'instruction est terminée, avant qu'il soit statué par la chambre du conseil sur l'affaire instruite; mais que, ces formalités remplies, cette chambre est pleinement saisie et peut prononcer ce qu'elle juge bon être; qu'il importe peu que le ministère public, après que l'instruction terminée lui a été communiquée, n'ait conclu qu'à une continuation d'instruction; que ces réquisitions incidentes ne lient point la chambre, et que, si elle trouve l'affaire suffisamment instruite, elle peut statuer au fond². »

¹ Voy., dans ce sens, Carnot, De l'instr. crim., tom. I, p. 226; Bourguignon, Mannet, tom. I, p. 141; Dalloz, Rép., Instr. crim.; Boitard, Leçons, p. 337; Duverger, p. 392; Mangin, n. 41.

² Arr. cass. 25 sept. 1824 (J. P., tom. XVIII, p. 1048).

de la nature du fait ou qui s'élevaient contre l'action. Le juge, dès lors, lorsqu'il lui rendait compte de l'état des affaires dont l'instruction lui est dévolue, devait, au lieu de commencer une procédure qui n'aurait eu aucun objet, lui faire rapport de la difficulté qui l'arrêtait, afin qu'elle déclarât suivant l'état des faits le non-lieu à suivre ou l'incompétence ¹.

Plusieurs arrêts avaient consacré ce point de doctrine. En premier lieu, sous l'empire de la loi du 18 pluviôse an IX, la Cour de cassation avait jugé « que le juge commis pour l'instruction d'un procès criminel n'a de pouvoir que pour la confection des actes relatifs à cette instruction; qu'à la cour spéciale seule appartient de prononcer sur les effets et sur les résultats qu'elle doit produire; que néanmoins, dans l'espèce, le juge instructeur s'était permis de juger seul et sans le concours des autres membres; qu'il n'y avait lieu à l'instruction ultérieure sur la plainte; que cet acte était un excès de pouvoir manifeste » ². Sous l'empire du Code, la même Cour a également jugé, dans une espèce où le juge d'instruction, en se fondant sur la maxime *non bis in idem*, avait décidé que la poursuite ne serait pas continuée, « qu'en décidant que le juge d'instruction n'avait pas eu le droit de rendre l'ordonnance portant que les poursuites commencées contre l'huissier Bonnet ne seraient pas continuées, droit qui ne pouvait appartenir qu'à la chambre du conseil, l'arrêt attaqué s'est parfaitement conformé à la loi » ³. En appliquant le même principe, la cour de Grenoble a déclaré : « qu'il suffit qu'un fait soit représenté au juge d'instruction comme constituant un crime ou un délit, pour que ce magistrat, s'il en est requis par le ministère public, doive procéder à l'information, sans pouvoir jamais se constituer seul juge du mérite ou de l'inopportunité de l'information requise » ⁴. La cour de Douai a dit également « que nulle part la loi n'abandonne au libre arbitre du juge d'instruction la question de savoir s'il y a lieu d'informer, ni ne l'autorise à se prononcer sur l'utilité des poursuites requises par le ministère public et à juger d'avance des résultats qu'elles pourront avoir; qu'admettre ce

¹ Conf. Mangin, tom. I, p. 25, et Duverger, tom. I, p. 385.

² Arr. cass. 12 pluv. et 23 vent. an XIII (J. P. et Devill. et Car., Coll. nouv., à leur date.

³ Arr. cass. 10 avril 1829 (J. P., tom. XXII, p. 912).

⁴ Arr. Gren. 22 déc. 1832 (J. P., tom. XXIV, p. 1692).

tion, à l'exclusion de la chambre du conseil, car il est urgent que la procédure soit expédiée au magistrat compétent pour l'instruire. Il résulte même de l'article 439 du même Code que cette attribution peut être exercée non-seulement au moment où la plainte est déposée entre les mains du juge, mais encore lorsqu'il a déjà procédé à des actes d'instruction. Toutefois, si ces actes étaient des mandats ou des saisies, comme il ne pourrait pas en donner mainlevée, il ne pourrait, par conséquent, déclarer une incompétence qui aurait cette mainlevée pour effet¹. Enfin, il importe de remarquer que ce droit exceptionnel du juge d'instruction est limité par l'article 69 à l'incompétence *ratione loci*. La raison en est sans doute que les autres causes d'incompétence peuvent soulever des difficultés qu'un seul juge n'aurait pu résoudre.

1616. Le juge d'instruction est-il lié par le réquisitoire? Doit-il suivre nécessairement la voie que le ministère public lui trace, accomplir rigoureusement les actes qui lui sont indiqués? Non, assurément : il est juge, et par conséquent il a le droit d'apprécier librement l'opportunité des mesures qui sont requises avant de les ordonner; il a la direction de la procédure, et par conséquent il lui appartient d'employer les moyens qui doivent la conduire le plus directement à son but, soit qu'il rejette des actes qu'il juge inutiles, soit qu'il prenne d'office des dispositions qu'il croit efficaces, sans attendre qu'il y soit provoqué. C'est à lui que la loi a délégué la fonction d'instruire le procès : « C'est un devoir indispensable du juge d'instruction, dit M. Treilhard dans l'exposé des motifs du Code, de réunir avec le soin le plus scrupuleux tout ce qui peut tendre à la découverte du coupable; il devra donc se transporter quand il en sera requis et même d'office, s'il le juge utile, soit dans la maison de l'inculpé, soit dans tous les autres lieux où pourraient être cachées des pièces propres à manifester la vérité. Enfin, le juge d'instruction ne doit absolument rien négliger de ce qui peut tendre au but qu'il doit se proposer. » C'est donc le juge que le législateur fait l'arbitre de la procédure; c'est lui qu'il charge de rechercher si telle mesure est ou n'est pas utile; c'est à lui qu'il recommande de ne

¹ Arr. Paris 13 mai 1836 (J. du dr. crim., tom. VIII, p. 181; 28 avril 1842 (Dall., 1842, 2, 230).

accompagné du procureur impérial et du greffier du tribunal », règle la forme du transport et non le droit même de l'effectuer ; il reconnaît même ce droit, puisqu'il ne le soumet à aucune condition. L'article 61 exige, à la vérité, que cet acte d'instruction soit précédé de la communication de la procédure ; mais, en admettant que cette prescription dût être en ce cas rigoureusement exécutée, il n'en résulterait pas que la mesure fût subordonnée à la réquisition. Enfin l'article 37, en autorisant explicitement le juge à se transporter d'office et sans réquisition dans le domicile même du prévenu, lui a nécessairement reconnu le même droit pour la visite des lieux, puisque cette visite n'a ni la même gravité, ni les mêmes effets que la première.

Mais, s'il peut se transporter d'office, ne doit-il pas du moins se faire accompagner, comme l'exige l'article 62, du procureur impérial ? Il n'est pas douteux que, pour obéir aux termes de cet article, il doit, après avoir ordonné son transport, communiquer cette ordonnance au procureur impérial et le requérir de l'accompagner. Et dès que l'on admet le droit du juge d'apprécier l'utilité du transport et de l'ordonner d'office, il faut admettre en même temps que le procureur impérial, qu'il approuve ou non cette démarche, doit nécessairement l'accompagner. En effet, l'article 62 lui trace à cet égard une règle absolue : s'il n'a pas requis le transport, dès qu'il est régulièrement prescrit, il doit être présent à son exécution pour faire toutes les réquisitions que les circonstances peuvent rendre nécessaires. C'est un acte de justice dont il doit assurer l'exécution et auquel il doit concourir dans le cercle de ses pouvoirs, sauf son droit, ainsi qu'on le verra tout à l'heure, d'y former opposition.

1620. Cependant, s'il refuse formellement de s'associer à cette mesure, que doit faire le juge d'instruction ? Quelques auteurs ont examiné cette question. M. Carnot¹ et M. Bourguignon² pensent qu'an cas de refus du chef du parquet, le juge doit adresser une réquisition au substitut et subsidiairement faire suppléer le ministère public par un juge, conformément à l'article 20 du décret du 18 août 1810. M. Carnot ajoute néanmoins que si le juge n'a pas fait suppléer le procureur impérial, il peut procéder ré-

¹ Instr. crim., tom. I, p. 298.

² Jurispr. des Cod. crim., tom. I, p. 170.

gulièrement en son absence : « Lui refuser ce droit, dit cet auteur, serait peut-être suivre plus littéralement le texte de la loi ; mais ce serait contrarier l'intention du législateur, qui n'a pu vouloir que le défaut de présence du procureur impérial pût mettre obstacle aux opérations du juge d'instruction, lorsque le retard apporté aux recherches et aux poursuites serait irréparable ¹. » La proposition de suppléer le procureur impérial par l'un de ses substituts ou par un juge est inadmissible ; car son refus ne peut être assimilé à un cas d'empêchement, et l'indivisibilité du ministère public ne permet pas de prendre l'un après l'autre les membres du parquet ². Mais, ce point écarté, la solution proposée en définitive par M. Carnot nous semble devoir être adoptée. Le juge d'instruction, quand il ordonne un transport et qu'il l'opère, agit dans le cercle de ses attributions ; comment donc pourrait-il dépendre de la volonté du ministère public, en refusant de l'accompagner, d'empêcher l'exécution d'une ordonnance parfaitement régulière ? Est-ce qu'il peut suspendre une procédure qui a été valablement commencée ? Et ne serait-ce pas lui reconnaître le droit d'en arrêter le cours que de subordonner à sa volonté les mesures d'instruction que le juge déclare nécessaires à la manifestation de la vérité ?

Cette dernière question a été résolue dans ce sens par la chambre d'accusation de la cour de Montpellier. Le juge d'instruction du tribunal de Saint-Pons avait rendu une ordonnance pour requérir le ministère public de se transporter avec lui au domicile d'une personne blessée, pour y procéder à une confrontation. L'officier du ministère public, par un acte écrit au pied de la réquisition, déclara que le transport lui paraissait inutile et qu'il se refusait à le requérir. Nouvelle ordonnance du juge qui fixe le jour et l'heure de son transport, et ordonne la communication. L'opposition du ministère public à cette ordonnance a été rejetée par un arrêt qui porte : « qu'il ne peut dépendre du procureur du roi, en refusant de s'associer aux actes de l'instruction pour lesquels son assistance est nécessaire, de paralyser entre les mains du juge d'instruction les pouvoirs qu'il tient de la loi, et d'entraver ou de suspendre ainsi la marche de l'instruction ; que dès lors le juge d'instruction a été suffisamment autorisé à déclarer

¹ Instr. crim., tom. I, p. 299.

² Voy. sur ce point nos 591 et suiv. ; Conf. obs. du J. du Pal. 1846, 2, p. 129.

par son ordonnance qu'il effectuerait son transport assisté seulement de son greffier ¹. »

1621. Une question plus grave est de savoir si le juge d'instruction peut décerner des mandats d'amener ou de dépôt contre des individus qui ne sont pas désignés dans le réquisitoire. Il est généralement reconnu que lorsque le procureur impérial requiert d'informer contre les auteurs ou complices d'un délit, ou contre tels individus et leurs complices, le juge a le droit de saisir ces auteurs ou ces complices à mesure qu'il les découvre *. Mais si le réquisitoire se borne à signaler un ou deux inculpés, le juge pourra-t-il, sans communiquer la procédure, en comprendre d'autres dans l'instruction? On objecte qu'impliquer un individu dans une poursuite, c'est nécessairement diriger contre lui l'action publique, et que ce droit n'appartient pas au juge d'instruction ². Mais l'action publique n'a-t-elle pas été mise en mouvement par le réquisitoire qui a introduit l'instance? Cette action, en provoquant l'instruction sur tel fait, ne l'a-t-elle pas implicitement provoquée sur tous les auteurs et complices de ce fait? car quel est le but de cette action, sinon la répression du délit, c'est-à-dire l'application de la peine à ses auteurs? Le droit que le juge puise dans le premier réquisitoire est donc un droit général d'informer, et par conséquent de procéder contre tous les auteurs du fait dénoncé. Il n'exerce point l'action publique; il est saisi de cette action et il l'instruit. Le deuxième § de l'article 61 ne lui conserve-t-il pas d'ailleurs le droit de délivrer, s'il y a lieu, le mandat d'amener et même le mandat de dépôt, sans que ces mandats soient précédés des conclusions du procureur impérial? On dit que cette disposition ne fait que régler le cas où le ministère public ayant requis une information contre les auteurs d'un délit, le juge trouve qu'il a réuni assez d'indices pour les mettre sous la main de la justice, et que la loi a voulu qu'il pût y procéder alors sans prendre préalablement les conclusions du ministère public. Mais le deuxième § de l'article 61 est-il donc limité à cette seule hypothèse? M. Treilhard n'a-t-il pas expliqué que la faculté de décerner les mandats sans conclusions préala-

¹ Arr. Montpellier, 25 juin 1846 (J. P., tom. II, p. 151).

² Mangin, tom. I, p. xxiv; Jousse, tom. III, p. 85.

³ Mangin, tom. I, p. 22.

bles avait été donnée au juge dans tous les cas d'urgence? Or, supposez que ce magistrat découvre que le témoin qu'il interroge est un complice, que le prévenu a des coauteurs qui se disposent à prendre la fuite, n'est-il pas urgent de mettre en arrestation ces coauteurs ou ces complices? et l'instruction ne serait-elle pas paralysée s'il devait se dessaisir des pièces, les communiquer au procureur impérial, et attendre pendant trois jours les réquisitions qui lui permettraient d'agir? Il serait préférable peut-être, dans l'intérêt de la liberté civile, qu'aucune arrestation ne pût être opérée que par le concours de ces deux magistrats; la délivrance du mandat, faite avec plus de lenteur, le serait aussi avec plus de circonspection. Mais ce n'est point là le point qu'il s'agit d'examiner. La question est de savoir si la loi a voulu nécessairement ce concours à l'égard des prévenus que les réquisitoires n'ont pas désignés, et si l'instruction permet les retards qu'il apporterait à la procédure. Or, la loi attribue au juge le droit de délivrer sans réquisitions les mandats d'amener et de dépôt, et l'instruction exige impérieusement que ce droit puisse être exercé dans tous les cas, soit que les premières réquisitions aient ou n'aient pas désigné les individus auxquels il s'applique ¹.

1622. La difficulté n'est plus la même lorsque l'information révèle au juge, non plus seulement des prévenus que le réquisitoire ne désigne pas, mais des faits nouveaux, autres que ceux qui sont l'objet de la poursuite. Comment doit-il procéder en face de ces faits? Dans notre ancienne jurisprudence, la marche qu'il devait suivre était nettement indiquée : « Il arrive assez souvent, dit Jousse, que la partie publique ou civile ayant rendu plainte pour raison d'un crime contre un accusé, le juge vient à découvrir, dans le cours de l'instruction, par la déposition de quelques témoins, que cet accusé a encore commis d'autres crimes que ceux portés par la plainte. Alors le juge doit informer de ces autres crimes, et, à cet effet, en donner avis au procureur du roi ou fiscal, lequel doit rendre plainte et demander qu'il en soit informé par addition, ce que le juge doit permettre, et ensuite procéder sans délai à cette nouvelle information ². » Ainsi, même

¹ Voy., dans ce sens, Duverger, tom. I, p. 396; M. Vilneau, Droit du 21 sept. 1836; et, dans le sens contr., Mangin, tom. I, p. 20.

² Tom. III, p. 82; et conf. arr. parl. Paris 22 déc. 1731.

il peut recueillir tous les indices, toutes les révélations qui y seraient relatifs. Ce n'est là en quelque sorte que l'application de la règle posée par l'article 29 du Code d'instruction criminelle, qui oblige tout fonctionnaire public qui acquiert dans l'exercice de ses fonctions la connaissance d'un crime ou d'un délit, à en donner avis au procureur impérial et à lui transmettre tous les renseignements et procès-verbaux qui s'y rattachent. Le juge ne fait alors, au surplus, que recevoir les déclarations que l'information à laquelle il est requis de procéder l'autorise à constater. Il ne fait qu'exercer strictement son droit, tant qu'il ne procède directement à aucune audition de témoins, à aucune arrestation qui ait pour objet spécial et exclusif les faits qui lui ont été révélés¹.

§ IV. *Le juge d'instruction exerce une véritable juridiction.*

1623. Le juge d'instruction exerce une véritable juridiction. Il statue, en effet, comme un tribunal, sur les réquisitions du ministère public, sur les demandes de la partie civile, sur les exceptions du prévenu ; il ordonne ou rejette les mesures d'instruction ; il décerne les mandats d'arrestation : Or, en procédant à tous ces actes, il n'agit point comme délégué du tribunal dont il fait partie, il agit en vertu d'un pouvoir qui lui est propre et qu'il tient directement de la loi, le pouvoir de faire ou d'ordonner des actes d'instruction. Ce pouvoir est indépendant de celui qu'il tient de la loi du 17 juillet 1856 ; il a le droit qu'avait auparavant la chambre du conseil, aux termes des articles 128, 129 et suivants, de prononcer sur la mise en prévention et de régler la compétence ; mais cette chambre ne pouvait ni prescrire un acte d'information, ni diriger une procédure : c'est en cela que réside la compétence spéciale du juge pour l'instruction ; c'est dans le cercle de cette compétence qu'il a toute l'autorité d'une juridiction. Cette règle est formellement écrite dans les articles 526, 539, 540 et 542 du Code : les articles 526 et 540 portent que, lorsqu'un conflit d'attribution s'élève entre deux juges d'instruction, il y a lieu de procéder comme si le conflit s'élevait entre deux tribunaux. L'article 539 dispose que, si l'exception d'incompétence est proposée devant le juge d'instruction, il doit statuer en premier res-

¹ Conf. Mangin, tom. I, p. 23.

sort, et que le recours doit être porté, comme celui qui est formé contre les décisions de la chambre du conseil, devant la chambre d'accusation. Enfin, l'article 542 déclare que les demandes en renvoi d'un juge d'instruction à un autre, pour cause de sûreté publique ou de suspicion légitime, doivent être instruites et jugées comme les demandes en renvoi d'un tribunal à un autre.

Les décisions que prend le juge d'instruction dans l'exercice de ses fonctions prennent, dans le langage de la loi ¹, le nom d'*ordonnances*; c'était aussi la qualification que leur donnait l'ancienne jurisprudence ². La Cour de cassation a déclaré « que le mot *ordonnances*, dont se sert l'article 28 du Code d'instruction criminelle, comprend tous les actes du juge d'instruction qui sont susceptibles d'envoi, de notification et d'exécution ³ ». Il faut donc ranger dans cette classe les mandats ⁴, la décision du juge portant qu'il n'y a pas lieu de prononcer une amende contre un témoin ⁵, l'exécutoire contenant allocation d'honoraires à un expert ⁶, et enfin tous les actes pour lesquels le juge ordonné ou rejette une mesure quelconque d'instruction.

1624. Ces ordonnances sont-elles susceptibles d'appel? Un principe de notre ancien droit était que toutes les sentences préparatoires, c'est-à-dire toutes celles qui tendent à l'instruction, comme les ordonnances portant permission d'informer, les décrets et le règlement à l'extraordinaire, pouvaient être attaqués par la voie de l'appel. « Dans la règle générale, dit Muyart de Vouglans, il paraît d'abord qu'on ne devrait être reçu à appeler que des seules sentences définitives, par la raison que celles-ci ne peuvent être réparées autrement que par la voie de l'appel, et qu'elles peuvent, au contraire, réparer toutes celles qui ne sont rendues que par provision. Mais comme, d'un autre côté, parmi les sentences provisoires, il y en a, telles que le décret et le règlement à l'extraordinaire, dont l'effet flétrit en quelque sorte ceux contre qui elles sont rendues, soit par le poids de l'interdiction dont elles les chargent, soit par la force des présomptions

¹ C. instr. crim., art. 28, 47, 123, etc.

² Muyart de Vouglans, Instit., p. 369.

³ Arr. cass. 29 avril 1826 (J. P., tom. XX, p. 439).

⁴ Même arrêt.

⁵ Arr. cass. 19 févr. 1836 (Bull., n° 54).

⁶ Arr. Douai 5 janv. 1836 (J. du droit crim., tom. VIII, p. 17).

qu'elles élèvent contre eux, il faut convenir qu'il n'y aurait pas moins de dureté et d'injustice à les priver de la ressource de l'appel, dans l'un et l'autre de ces cas, qu'il y aurait d'absurdité à regarder toujours ces sortes de sentences comme l'effet d'une impartialité inaltérable de la part du juge qui les a rendues. On n'a donc pas cru devoir rejeter les réclamations de l'accusé contre les sentences rendues dans le cours de l'instruction¹. » En effet, les articles 1 et 2 du titre 26 de l'ordonnance de 1670, qui ne faisaient d'ailleurs que confirmer un usage pratiqué dès l'origine de la procédure inquisitoriale², étaient ainsi conçus : « Toutes appellations de sentences *préparatoires*, interlocutoires et définitives, de quelque qualité qu'elles soient, seront directement portées en nos cours..... Les appellations de *permission d'informer*, des *décrets* et de *toutes autres instructions*, seront portées à l'audience. »

Cette règle a-t-elle été maintenue par notre Code? Aucun de ses textes ne l'a rejetée, et de cela seul on pourrait induire qu'elle existe. En effet, l'appel est de droit commun dans notre organisation judiciaire ; il suffit donc que la loi ne l'ait pas interdit par une disposition formelle, pour que cette voie de recours soit ouverte contre des décisions judiciaires qui réunissent tous les caractères d'un jugement. Si la règle des deux degrés de juridiction, qui a été quelquefois attaquée avec une grande puissance de raisonnement³, est réellement utile, c'est surtout lorsque la première sentence émane d'un seul juge, et lorsque ce juge, investi d'un pouvoir discrétionnaire, peut prendre des mesures qui frappent les parties dans leurs intérêts les plus chers. Comment admettre que la loi, lorsqu'elle accordait à ce magistrat le droit non-seulement de décréter d'arrestation les prévenus et de faire des perquisitions au domicile de tous les citoyens, mais en même temps de rejeter les réquisitions du ministère public tendantes à ces mesures, ait voulu placer ses décisions au-dessus de toute atteinte et les déclarer souveraines? Comment supposer qu'elle se soit fiée à lui à ce point que, lorsqu'il statue sur des questions qui intéressent au plus haut degré la sûreté générale, elle n'ait con-

¹ Inst. au Droit crim., p. 369.

² Ord. août 1539, art. 163.

³ M. le président Béranger, Mém. de l'Académie des sciences morales et politiques, tom. I, 2^e sér.

qui tendent à mettre le procès en état de recevoir jugement définitif. Sont réputés interlocutoires les jugements rendus lorsque le tribunal ordonne, avant dire droit, une preuve, une vérification, ou une instruction qui préjuge le fond. » Cette définition a donné lieu à des difficultés qui ne sont point résolues ; les arrêts et les auteurs se sont efforcés de fixer le caractère particulier de chaque jugement ; mais à mesure que les espèces se sont multipliées, les règles ont été démenties et les contradictions se sont manifestées. En général, il est de principe que les jugements cessent d'être simplement préparatoires, lorsqu'ils apportent un grief quelconque aux parties, lorsqu'ils causent un préjudice actuel et irréparable en définitive, lorsqu'ils ont des conséquences qu'elles peuvent redouter¹. Cela posé, dans laquelle de ces deux classes faut-il ranger les ordonnances du juge d'instruction ? On pourrait dire que toutes les fois qu'elles prescrivent soit une audition de témoins, soit une visite, soit un transport, elles préjugent le fond ; car elles sont nécessairement fondées sur la présomption de la culpabilité du prévenu. Mais c'est surtout sous un autre rapport qu'elles prennent un caractère définitif. Chaque acte d'instruction, soit qu'il frappe le prévenu dans son honneur, dans sa propriété ou dans sa personne, lui cause un préjudice actuel, quel que soit le jugement qui interviendra plus tard ; car l'atteinte qu'il a reçue par son arrestation, par la visite de son domicile ou par la saisie de ses papiers, ne sera point réparée même par un acquittement. A chacun de ces actes il éprouve donc un grief, il a intérêt à le faire cesser immédiatement, il doit avoir dès lors le moyen de faire valoir sur-le-champ ses exceptions. C'est là ce qui sépare profondément les actes de la procédure civile et les actes de l'instruction criminelle. Les premiers, quand ils ne sont pas contestés et qu'ils ne font que préparer le jugement, n'apportent aux parties aucun dommage, et la loi a dû suspendre les effets de l'appel qui les frappe jusqu'au jugement définitif. Les autres, au contraire, soit qu'ils consistent dans une preuve ou dans une mesure de sûreté, sont nécessairement préjudiciables en eux-mêmes et indépendamment du jugement définitif, parce qu'ils laissent planer sur le prévenu la présomption de sa culpabilité ou lui appliquent une souffrance actuelle indépendante de

¹ M. Bigot de Préameneu, Exposé des motifs ; M. Poncet, Traité du jugement, tom. I, n. 166 ; Carré et Chauveau, Lois de la pr. civ., qu. 1616.

portent que les moyens de contrainte prononcés par le juge d'instruction ne seront susceptibles ni d'opposition ni d'appel, ne s'appliquent pas à l'appel ou à l'opposition du ministère public. Les motifs de cette décision sont : « qu'il résulte des articles 9, 57, 279, 280 et 281 du Code d'instruction criminelle, que les juges d'instruction, officiers de police judiciaire, sont placés sous la surveillance des procureurs généraux, et qu'ils exercent leurs fonctions sous l'autorité des cours royales ; qu'il résulte des articles 34 et 80 du même Code qu'en règle générale leurs ordonnances ne sont point affranchies du recours par voie d'appel ; que l'interdiction prononcée par l'article 80 contre les témoins qui ne comparaissent pas sur les citations qui leur auraient été délivrées, d'appeler des ordonnances par lesquelles ils auraient été condamnés en une amende, ne s'étend pas au ministère public, par la raison même qu'il n'est pas compris dans l'exception portée audit article, et que l'exception confirme la règle ; que si le législateur interdit cette voie d'appel aux témoins défaillants, comme dans l'article 34, pour les cas prévus audit article, le véritable motif de l'article 80 a été le grand intérêt de la rapidité de l'instruction et de ne pas la retarder par la résistance opiniâtre des témoins et les délais qu'entraînerait le vide de ces appels ; que si l'appréciation des excuses est abandonnée aux lumières et à la conscience des juges d'instruction, cependant les actes faits dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne sont pas affranchis du recours que le ministère public peut exercer par une opposition ou un appel porté devant la cour royale du ressort, qui dès lors est appelée à apprécier les mêmes excuses et peut confirmer ou réformer lesdites ordonnances ¹. » Au surplus le droit du ministère public a été consacré par la loi du 17 juillet 1856, qui porte, dans l'article 135 modifié, que « le procureur impérial pourra former opposition dans tous les cas aux ordonnances du juge d'instruction ». Il a été reconnu que ce droit était absolu et s'appliquait à toutes les phases et à tous les cas de la procédure ².

1627. La partie civile a-t-elle le même droit que le ministère

¹ Arr. cass. 14 sept. 1832 (Dall., Rép., v° *Appel en mat. crim.*, tom. I, p. 240) ; 19 févr. 1836 (*ibid.*).

² Cass. 16 janv. 1862 (Bull., n° 18).

public? Elle exerce son action civile devant la juridiction criminelle; elle est partie jointe dans les procès où elle s'est constituée; elle doit donc profiter, en ce qui touche ses intérêts civils, des voies de recours ouvertes aux autres parties et qui ne lui sont pas formellement interdites¹. Or, aucun texte de la loi pénale ne lui interdit le recours contre les ordonnances du juge d'instruction. Quelques-unes de ses dispositions semblent même supposer ce droit. L'article 118 du Code d'instruction criminelle veut que la demande en liberté provisoire formée par le prévenu lui soit notifiée, et l'article 119, révisé par la loi du 14 juillet 1865, lui accorde le droit de former opposition à l'ordonnance du juge d'instruction qui, dans le cas prévu par l'article 114, arbitre la valeur du cautionnement. L'article 135 va plus loin dans ce sens, puisqu'il lui reconnaît le droit de former opposition à l'ordonnance du juge d'instruction qui ordonne l'élargissement du prévenu.

En général, au surplus, on ne dénie pas à la partie civile d'une manière absolue le droit d'opposition; mais on limite ce droit aux actes qui lèsent ses intérêts civils : tels, par exemple, que les ordonnances qui refuseraient d'opérer une saisie ou d'ordonner une expertise. Tel a été l'objet du nouveau texte ajouté par la loi du 17 juillet 1856 à l'article 135, qui porte que « la partie civile pourra former opposition aux ordonnances rendues dans les cas prévus par les articles 114, 120, 131 et 539, et à toute ordonnance faisant grief à des intérêts civils. C'est dans ce sens que la chambre d'accusation de la cour de Paris a décidé que l'opposition de la partie civile à un exécutoire délivré par le juge d'instruction était recevable : « Attendu que l'exécutoire contenant allocation des honoraires dus à un expert commis par le juge d'instruction a les mêmes caractères que toute autre ordonnance émanée du même magistrat et doit être soumis aux mêmes principes; que l'ordonnance dont il s'agit a été signifiée avec commandement à la partie, et que cette dernière y a formé opposition; que le recours est recevable². » Mais est-il toujours facile de discerner, parmi les actes de l'instruction préalable, ceux qui intéressent ou qui n'intéressent pas l'action civile? Les articles 116 et 135 n'ont-ils pas considéré l'élargissement même pro-

¹ Conf. Muyart de Vouglans, sur l'art. 3 du titre VI de l'ord. de 1670, n. 6.

² Arr. Paris 5 janv. 1856 (J. du droit crim., tom. VIII, p. 16).

visoire du prévenu comme l'acte qui pouvait être le plus dommageable à cette partie? A cet égard, il appartient à la juridiction supérieure d'apprécier les cas où elle peut avoir un intérêt véritable à former opposition et ceux où l'exercice de ce droit ne serait qu'une application détournée de l'action publique; son recours doit être circonscrit, comme son action elle-même, dans le cercle de ses intérêts civils.

1628. L'inculpé a-t-il une situation différente du ministère public et de la partie civile? Les recours contre les actes d'instruction qui le blessent personnellement lui est-il fermé? On l'a pensé; et l'on se fonde sur ce que la procédure ne lui est pas communiquée et sur ce que les ordonnances du juge ne lui sont pas signifiées¹. On ne lui enlève pas d'ailleurs toute garantie; car, ainsi que l'a dit la cour de Paris dans son arrêt précité du 27 avril 1833 : « les prévenus ne restent pas pour cela sans garantie contre les erreurs, les négligences ou les abus de pouvoir du magistrat qui prolongerait sans nécessité la durée de la détention provisoire résultant du mandat de dépôt, on ordonnerait des actes d'instruction vexatoires; ils peuvent s'adresser au procureur général, sous la surveillance duquel les juges d'instruction exercent leurs fonctions, demander leur renvoi devant un autre juge d'instruction, pour cause de suspicion légitime, prendre même à partie le juge d'instruction, et enfin solliciter de la cour le droit d'évocation qui lui appartient dans tous les cas. »

Si tel est le système du Code, il faut avouer qu'il a poussé le dédain des droits de la défense jusqu'à l'injustice. Nous avons vu que, même sous le régime de la procédure secrète, sous les ordonnances de 1539 et de 1670, les prévenus pouvaient faire appel des actes de l'instruction qui leur portaient préjudice. Notre législateur moderne a-t-il prétendu être plus rigoureux que le chancelier Poyet et que M. Pussort? Quand deux des parties du procès, la partie publique et la partie civile, ont une voie de recours contre les ordonnances du juge, comment l'inculpé en serait-il privé? Si l'article 135 a fait cette exception contre le prévenu, c'est que cet article n'ayant rapport qu'à la décision sur le fond, la loi n'a pas voulu lui donner, lorsqu'il est renvoyé devant les

¹ Duverger, tom. II, p. 81; Morin, v° *Appel en mat. crim.*, n. 14, 15 et 16.

juges du fond, le droit de former une opposition qui semblait se confondre avec la défense principale. Mais devant le juge d'instruction, lorsqu'il ne touche pas à la culpabilité, au moins directement, le fond du procès n'est autre que l'application des mesures d'instruction requises par le ministère public. Or, devant quelle juridiction le prévenu fera-t-il valoir ses exceptions et défenses, s'il ne peut les faire valoir contre ce juge et s'il ne peut se pourvoir contre ses décisions? Ensuite l'article 539, qui veut que l'inculpé qui a excipé de l'incompétence du juge d'instruction puisse se pourvoir contre la décision qui a rejeté son exception, n'est que l'application, dans un cas spécial, d'une règle générale qui ouvre le même recours contre toutes les ordonnances du juge¹; car, le recours contre des ordonnances que la loi n'a pas déclarées souveraines est le droit commun, et aucun texte n'a formulé d'exception contre le prévenu. Si les ordonnances ne lui sont pas notifiées, tout ce qu'il faut en inférer, c'est que le délai du droit d'opposition n'est pas fixé; mais est-il permis d'en induire que le droit lui-même n'existe pas, que le prévenu n'aura aucun recours contre les mesures vexatoires qui peuvent l'atteindre, qu'il ne pourra les déférer à l'examen d'un juge supérieur?

1629. Notre Code d'instruction criminelle est assurément sous plusieurs rapports incomplet; mais, il faut le dire, la pratique l'a rendu plus incomplet encore que ne l'avait fait le législateur. Elle s'est appliquée à effacer toutes les règles qu'il n'avait pas répudiées, à rétrécir toutes les garanties qu'il avait indiquées: ignorante des principes de la matière et des législations antérieures, auxquels les lois nouvelles se réfèrent sans cesse, elle s'est enfermée dans les textes et les a frappés d'une sorte de stérilité. Nous trouvons ici un exemple de cette interprétation étroite. Il est certain que la loi n'a, par aucun de ses textes, privé l'inculpé d'un droit de recours contre les actes de l'instruction qui lui causent un préjudice réel. Nous constatons l'existence de ce droit dans la législation antérieure, et dans les principes généraux de la matière. N'est-ce pas assez pour qu'il existe? Il est vrai que son exercice n'a pas été formellement réglé, et c'est là une des lacunes de notre Code; il eût pu l'organiser, sans aucun doute, sans nuire ni au secret ni à la rapidité de la procédure.

¹ Cass. 24 sept. 1834 (Dall., n° 289).

voir d'évoquer le fond des procès¹. Tel était en effet l'objet des articles 4 et 5 du titre XXVI. L'article 4 était ainsi conçu : « Ne pourront nos cours donner aucunes défenses ou surséances de continuer l'instruction des procès criminels, sans voir les charges et informations, et sans conclusions de nos procureurs généraux. » Et l'article 5 portait : « Les procès criminels pendans par-devant les juges des lieux ne pourront être évoqués par nos cours, si ce n'est qu'elles connaissent, après avoir vu les charges, que la matière est légère et ne mérite une plus ample instruction, auquel cas pourront les évoquer, à la charge de les juger sur le-champ. » Il résulte de toutes ces dispositions que notre ancienne législation était empreinte d'une juste sollicitude pour les intérêts que les premiers actes de l'instruction peuvent blesser, et que, tout en posant la règle que l'appel des surséances préparatoires n'était pas suspensif, elle avait adouci la rigueur de cette règle par des tempéraments qui permettaient d'examiner les cas où son application était nécessaire.

Notre Code, moins prévoyant, n'est point entré dans ces détails ; il ne s'est même pas occupé de l'effet de l'opposition formée contre les ordonnances du juge. Mais on doit inférer de ses diverses dispositions que cette opposition ne doit pas suspendre l'instruction. Et, d'abord, M. Treilhard exprimait à cet égard l'esprit de la loi lorsqu'il disait dans l'exposé des motifs : « Vous verrez avec quelle sagesse on a préparé un examen rigoureux mais prompt, et comme on a pourvu à ce que la partie publique, la partie civile et l'inculpé fissent parvenir leurs réclamations sans que la décision fût aucunement retardée. » Cette règle de la rapidité de la procédure, qui est assurément une des conditions de la justice criminelle, mais qui n'est pas la seule, domine dans notre Code toute l'instruction préalable. Aucun de ses textes ne suppose que cette instruction puisse être suspendue par un acte quelconque, et lorsqu'il arrive au pourvoi que peut former l'accusé contre l'arrêt qui le met en accusation, il se hâte d'ajouter dans l'article 301 : « Nonobstant la demande en nullité, l'instruction sera continuée jusqu'aux débats exclusivement. » Ainsi, la pensée évidente du législateur a été que l'instruction doit être poursuivie, nonobstant toute opposition, parce que la suspension de la procédure par un fait dépendant de la volonté de l'inculpé apporterait un continuel obstacle à la saisie des pièces de conviction, à la constatation des

¹ *Moyart de Vouglans*, *loc. cit.*, p. 370.

et de l'exécuter; d'où la conséquence qu'à ce dernier égard, l'article 61 n'a dérogré en rien à la généralité d'attributions conférée au procureur du roi par l'article 28 ¹. »

1636. Ensuite, il ne faut pas induire de cette règle que le juge d'instruction, enfermé dans ses fonctions de juge, ne puisse agir extérieurement pour leur accomplissement. L'article 28 ne lui a interdit que l'envoi, la notification et l'exécution de ses ordonnances; il peut donc, en dehors de ces actes, demander des renseignements, transmettre des commissions rogatoires, et correspondre directement dans l'intérêt du service dont il est chargé. L'ordonnance du 14 décembre 1825 lui a accordé, en conséquence, le droit de correspondance en franchise, par lettres sous bandes ou closes par nécessité, avec les officiers du ministère public, les autres juges d'instruction, les juges de paix, les préfets et les sous-préfets, les présidents des assises, les maires, les commissaires de police et les officiers de gendarmerie. Il serait désirable que cette franchise fût étendue jusqu'aux maréchaux-des-logis et brigadiers, lorsqu'ils commandent une brigade détachée ². Les articles 60, 84, 85, 90, 193 du Code d'instruction criminelle énoncent quelques-uns des cas où cette communication directe du juge avec certains fonctionnaires, pour l'exécution des actes de l'instruction, est formellement prescrite.

Nonobstant ce droit de correspondance directe donnée au juge pour la transmission des pièces, les demandes de renseignements et les instructions qu'il peut donner relativement à l'exécution de ses actes, il faut reconnaître que le principe de la séparation du droit de prescrire et du droit de faire exécuter, appliqué trop rigoureusement, amènerait dans la pratique des lenteurs continues, à raison de la nécessité du concours de deux magistrats pour chaque acte de la procédure. L'usage, en conséquence, a fait généralement admettre que, pour les actes les plus minimes ou les plus urgents, le juge peut donner lui-même l'ordre d'exécution : tels sont, sous le premier rapport, les citations de témoins ou les extractions de détenus pour subir un interrogatoire, et sous le deuxième rapport, les mandats de comparution ou d'amener, et le mandat de dépôt décerné contre un détenu :

¹ Arr. cass. 29 avril 1826 (J. P., tom. XX, p. 438).

² Massabiau, tom. III, p. 456.

ces actes sont remis en général directement aux huissiers ou gendarmes, qui les mettent à exécution¹. C'est une infraction à la règle prescrite par la loi, infraction qui, renfermée dans de certaines limites, ne peut que faciliter la rapidité de l'instruction, mais qu'il ne faudrait pas étendre aux actes qui ordonnent telle ou telle mesure d'instruction, et tels, par exemple, qu'une expertise. Si ces actes peuvent être ordonnés lors même qu'ils n'ont pas été requis, il ne faut pas du moins qu'ils soient exécutés à l'insu du ministère public.

1637. Les fonctions du juge d'instruction exigent, pour l'accomplissement de certains actes, le concours soit des officiers du ministère public, soit des autres juges d'instruction, soit des officiers auxiliaires de la police judiciaire, soit des officiers de la police administrative, soit des greffiers et huissiers, soit enfin des agents de la force publique. La loi lui a conféré le droit de requérir directement leur assistance.

Il peut, lorsqu'il se transporte sur les lieux, requérir la présence du procureur impérial (art. 59 et 62 du Code d'instruction criminelle).

Il requiert le juge d'instruction d'un arrondissement, dans les cas prévus par les articles 84, 90 et 103, pour l'exécution de ses commissions rogatoires.

Il charge les juges de paix, les officiers de gendarmerie et les commissaires de police, soit de prendre certains renseignements, soit de procéder à certains actes de l'instruction (art. 52, 83 et 84).

Dans les cas de transport sur les lieux, il peut réclamer le concours des officiers de la police administrative et même des simples citoyens (art. 42).

Les greffiers et les huissiers sont tenus d'obtempérer à ses ordres, en vertu des articles 62, 72, 97 et 112.

Enfin, il a le droit de requérir directement la force publique en conformité des articles 25, 97 et 99.

§ VI. *Droit de coercition attribué au juge d'instruction.*

1638. Toute juridiction doit contenir en elle-même les pouvoirs qui lui sont nécessaires pour l'accomplissement de sa mis-

¹ *Dauverger*, tom. I, p. 415.

sion. La loi romaine considérait même ces pouvoirs comme inhérents à la juridiction et comme une conséquence nécessaire de son institution : *cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potuit*¹. Et, en effet, ils sont la condition de son action, la sanction de tous ses actes, la force de tous ses ordres : *Jurisdictio sine modicâ castigatione nulla est*². De là le droit de coercition dont est armé le juge, c'est-à-dire le droit d'employer des moyens de contrainte pour faire cesser les obstacles qui s'opposent à l'exercice de la juridiction, et d'infliger certaines peines aux auteurs de ces actes de résistance ou d'opposition. Ce droit était établi par Ulpien : *Omnibus magistratibus, non tamen duumviris secundum jus potestatis concessum est, jurisdictionem suam defendere pœnali judicio*³.

Cette règle doit nécessairement protéger les actes du juge d'instruction; car, dans les rapports continuels où il se trouve avec des agents extérieurs, il est plus que tout autre juge exposé à rencontrer des résistances, des refus de concours, des entraves de toute espèce. Les transports qu'il opère, les visites qu'il fait, les ordres qu'il donne, le placent à chaque pas en face d'intérêts froissés qui s'opposent, de passions déjouées qui résistent. La loi a dû lui donner toute l'autorité nécessaire pour surmonter ces obstacles et pour assurer la liberté de son action, et par conséquent l'accomplissement de sa tâche. Tel a été le but des articles 34, 80, 81, 86, 92, 504, 505 et 506 du Code d'instruction criminelle.

1639. L'article 34 prévoit le cas d'un transport du procureur impérial ou du juge sur les lieux où un crime a été commis : « Il pourra défendre que qui que ce soit sorte de la maison ou s'éloigne du lieu, jusqu'après la clôture de son procès-verbal. Tout contrevenant à cette défense sera, s'il peut être saisi, déposé dans la maison d'arrêt; la peine encourue pour la contravention sera prononcée par le juge d'instruction, sur les conclusions du procureur impérial, après que le contrevenant aura été cité et entendu, ou par défaut, s'il ne comparait pas, sans

¹ L. 2, Dig., De jurisdictione.

² L. 5, § 1, Dig., De officio ejus cui mand. est jurisd.

³ L. 1, Dig. si quis jus dicenti.

puisqu'il n'a pour objet que d'assurer l'exécution de la peine qui sera prononcée par le juge d'instruction; il n'y a donc lieu de l'appliquer que dans le cas où l'inculpé serait présumé vouloir se dérocher à cette exécution. La même raison semble vouloir supprimer le mandat de dépôt dans une autre hypothèse, celle où c'est le juge d'instruction qui s'est transporté sur les lieux. L'article 34, en effet, a été principalement rédigé en vue du procureur impérial et de ses auxiliaires, qui peuvent décerner le mandat de dépôt, mais qui, n'ayant aucune juridiction, ne peuvent prononcer aucune peine. Il fallait donc leur attribuer, quand ils opèrent une visite de lieux, le droit d'employer ce moyen de contrainte. Mais pourquoi le juge, auquel l'article 34 a été rendu commun par l'article 57, y aurait-il recours? que lui servirait de placer l'inculpé en état de détention préalable? Cette détention est inutile s'il peut statuer sur-le-champ. Or rien ne s'oppose, dans le texte de l'article 34, à ce qu'il prononce *immédiatement et séance tenante* : cet article, après avoir prescrit que le ministère public donne ses conclusions et que l'inculpé soit entendu, ajoute que le juge prononcera *sans autre formalité ni délai*. L'article 505, dans une hypothèse analogue, pose la même règle.

Si le contrevenant a été mis sous mandat de dépôt ou s'il est resté en liberté, il y a lieu de le citer à comparaître devant le juge d'instruction. Cette citation paraît même superflue dans le premier cas. Dans quel délai? La loi n'en fixe pas; c'est au juge à l'apprécier en appliquant la règle établie par l'article 184. Le procureur impérial donne ses conclusions par écrit, car il s'agit d'un acte de la procédure écrite. L'inculpé est entendu dans ses explications; il peut se faire assister par un conseil. S'il ne comparaît pas, il est jugé par défaut, et ce jugement n'est pas susceptible d'opposition. Nous examinerons tout à l'heure si la prohibition de l'appel s'applique à toutes les parties.

L'application de la peine donne lieu à deux observations. La première est que les réquisitions du ministère public ne lient pas le juge; il demeure libre de son appréciation. S'il ne peut statuer sans les conclusions du ministère public, il prononce sur ces conclusions, il les juge, il les adopte ou les rejette. La seconde observation est que la loi n'a fixé qu'un maximum; le juge ne peut l'excéder; c'est là tout ce que dispose l'article 34. De là il

sance que prévoient les articles 160 et 236 du Code pénal, c'est le moyen immoral employé par le témoin ou l'officier de santé. S'il n'existe qu'un fait de désobéissance, ce fait n'est passible que d'une simple amende, aux termes de l'article 80; et, dès lors, il n'y a pas lieu de décerner le mandat de dépôt. Dans cette dernière hypothèse, le juge opère comme si le témoin n'avait pas comparu : il prononce la peine de l'amende. Le deuxième paragraphe de l'article 86 est ainsi conçu : « La peine portée en pareil cas sera prononcée par le juge d'instruction du même lieu et sur la réquisition du procureur impérial, en la forme prescrite par l'article 80. »

1645. Ici s'élève une double question de compétence. Et d'abord, au cas d'une commission rogatoire transmise à un juge, quel est celui des deux magistrats qui doit prononcer l'amende et décerner le mandat de dépôt? C'est, aux termes de l'article 86, le *juge du même lieu*, c'est-à-dire le juge qui a opéré le transport, qui a reçu la déposition. Et, en effet, ce juge seul, par sa présence sur le lieu, peut apprécier le degré d'impossibilité où se trouve le témoin de comparaître et la véracité de ses allégations. On objecte que ce n'est pas à l'ordonnance de ce juge qu'il a été contrevenu; cela est vrai, mais il est seul compétent pour apprécier la contravention. Le pouvoir de prononcer la peine est la conséquence de la délégation qui lui a été faite. Le juge-commissaire conserve le droit de donner une seconde citation et de la faire suivre, s'il y a lieu, d'un mandat d'amener. Mais le juge délégué pour entendre le témoin, après son premier refus de comparaître, est investi, pour cette opération, de tous les pouvoirs énumérés en l'article 86. Cette compétence, relativement à un fait extrinsèque à la procédure, ne peut lui apporter aucune entrave¹.

Si la commission rogatoire a été adressée à un juge de paix, ce juge a-t-il les mêmes pouvoirs? L'article 86 ne les attribue qu'*au juge d'instruction du lieu*, et exige d'ailleurs la réquisition du procureur impérial. Le juge de paix doit donc se borner à recevoir la déposition, et, s'il pense que le témoin a présenté une fausse excuse, il doit en référer au juge d'instruction de son ar-

¹ Voy. sur ce point Bourguignon, tom. I, p. 194; Legraverend, tom. I, p. 299; Carnot, tom. I, p. 371; Duverger, tom. I, p. 455.

rondissement, qui seul est compétent pour apprécier cette fausseté et prendre les mesures qu'elle peut entraîner ¹.

1646. La juridiction pénale du juge d'instruction peut, dans certains cas, s'étendre au delà des limites prescrites par les articles 36, 80 et 86. La protection légale, qui couvre toutes les juridictions, lui donne, toutes les fois qu'il a besoin de l'invoquer, un tuteur appui. Les articles 504, 505 et 506 du Code d'instruction criminelle, qui prévoient les infractions au respect dû aux tribunaux, s'appliquent à ce magistrat, lorsqu'il procède publiquement à une instruction judiciaire. Si les assistants donnent des signes publics soit d'approbation, soit d'improbation, ou excitent du tumulte, il peut les faire expulser; s'ils résistent à ses ordres, il peut les faire arrêter et donner ordre de les détenir pendant vingt-quatre heures dans la maison d'arrêt. Si le tumulte est accompagné d'injures ou de voies de fait, il peut prononcer, suivant le caractère des faits, soit une peine de police, sans appel, ou une peine correctionnelle, à la charge de l'appel. Enfin, si le fait avait les caractères d'un crime, il fait arrêter l'inculpé, dresse procès-verbal et envoie les pièces au juge compétent. Nous ne faisons qu'indiquer ici ces dispositions, qui seront examinées plus loin, lorsque nous traiterons de l'organisation des tribunaux criminels.

Telles sont les limites où s'arrête le droit de répression du juge d'instruction. Il ne peut dans aucun cas aller au delà; il ne peut prononcer une peine quelconque, si minime qu'elle soit, que dans les seules circonstances où la loi lui en a formellement délégué le pouvoir; car il s'agit d'un pouvoir exceptionnel, qui n'est pas accompagné des garanties dont les juridictions répressives sont entourées, et qui par conséquent doit être circonscrit dans les termes de la loi. Nous nous bornons d'ailleurs à tracer ici le cercle de cette attribution; nous renvoyons au chapitre de l'Information l'examen des questions qu'elle peut soulever relativement aux témoins.

¹ Bourgoignon, tom. I, p. 194; Legraverend, tom. I, p. 300; Carnot; tom. I, p. 371; Duverger, tom. I, p. 437.

VII. *Attributions du juge d'instruction relatives aux maisons d'arrêt et de justice.*

1647. Une dernière attribution du juge d'instruction est le droit de visiter les maisons d'arrêt et de justice, et d'y donner les ordres qu'il croit nécessaires pour l'instruction.

Dans notre ancienne législation, l'administration des prisons appartenait au pouvoir judiciaire. Elles étaient placées sous l'autorité des lieutenants généraux des bailliages et sénéchaussées ou des juges des seigneurs hauts justiciers, chacun en ce qui concernait les prisons de son ressort ¹. Ils étaient chargés de l'administration et de la police de ces maisons ². Les procureurs du roi ou des seigneurs devaient les visiter une fois chaque semaine, entendre les prisonniers, recevoir leurs plaintes, veiller à l'exécution des réglemens et à la tenue des registres d'écrou, vérifier les dépenses et faire toutes les vérifications qu'ils jugeaient convenables ³. Elles ne relevaient donc que de l'autorité judiciaire; les maires et échevins des villes, les gouverneurs et intendants des provinces demeuraient entièrement étrangers à leur gestion; c'était une affaire de justice, et la justice seule avait le droit de s'en mêler ⁴.

Sous ce régime, le lieutenant criminel avait à peu près les mêmes attributions que notre juge d'instruction. C'était au lieutenant général, c'est-à-dire au premier juge de la juridiction, qu'appartenait la police de la prison : le lieutenant criminel n'avait que la visite des prisonniers et le droit de donner des ordres dans l'intérêt des instructions qu'il dirigeait. Toutefois cette distinction n'avait été établie qu'à la suite d'un conflit d'attributions qui s'était longtemps prolongé et que l'autorité souveraine dut régler. La déclaration du roi du 6 février 1753 portait : « Nous avons été informés qu'il s'est élevé des conflits entre les lieutenants généraux et les lieutenants criminels des sièges royaux sur la question de savoir auquel de ces officiers devait appartenir

¹ Ord. 1670, tit. XIII; arr. du cons. 16 mars 1705; arr. régl. parl. Paris 1^{er} sept. 1717, art. 31; décl. 6 févr. 1753.

² Ord. 1670, tit. XIII, art. 34.

³ Ord. 1670, tit. XIII, art. 25; arr. régl. 1^{er} sept. 1717, art. 20.

⁴ Voy. nos Observ. sur la part faite à l'autorité judiciaire dans l'administration des prisons, Revue de législation, 1827, tom. I, p. 257.

La loi, nous l'avons déjà constaté (n° 1552), est muette sur ce point. Elle ne s'est occupée que de revêtir le juge de toute la puissance qui lui était nécessaire pour remplir sa mission, que de mettre à sa disposition tous les moyens de contrainte dont il peut avoir besoin; elle n'en a point réglementé l'application. Soit qu'elle ait craint de gêner son action par trop de sollicitude pour les intérêts qu'il peut inquiéter, soit qu'il lui ait paru difficile de poser des règles de conduite pour l'application d'un pouvoir inquisitorial qui doit se déployer diversement selon les multiples circonstances des procès criminels, elle a laissé le juge seul appréciateur de l'utilité des mesures de l'instruction; elle lui a ouvert la voie qu'il parcourt, sans lui donner aucun avertissement pour diriger sa marche; elle a déposé entre ses mains une puissance presque illimitée, puisqu'elle n'a ni précisé les cas ni déterminé la mesure de sa distribution. C'est là une lacune grave, que nous avons déjà signalée (n° 1552), et qui révèle l'imprévoyance d'un législateur plus préoccupé de la nécessité de constituer une autorité active et puissante que d'en contenir l'action par d'efficaces garanties.

Mais, à défaut de la loi et en dehors de ses dispositions, n'est-il aucune règle qui puisse imposer au juge un frein salutaire, une prescription morale? Ce magistrat ne peut-il pas trouver, dans la nature même de ses fonctions, des devoirs qui, pour n'être pas prescrits par la loi, n'en sont pas moins impérieux? Et si ces devoirs, consciencieusement étudiés et appliqués aux actes de l'instruction, lui fournissent des règles de conduite, des indications utiles, n'est-il pas permis de les invoquer? S'ils n'ont pas la force d'une disposition légale, ne trouvent-ils pas au moins une sanction dans la conscience d'un juge éclairé qui, lorsqu'il n'aperçoit aucune direction dans la loi, la cherche dans la doctrine? Dans notre ancienne jurisprudence, Beaumanoir, Ayrault, Julius Clarus, Bruneau, Jousse, ont érigé doctoralement en maximes les devoirs du juge dans chaque acte de ses fonctions et les règles qu'il doit suivre. Essayons de reproduire quelques-unes de ces règles qui doivent traverser tous les temps en conservant la même autorité, parce que le magistrat, quelque diverses que soient les lois qu'il applique, a toujours les mêmes devoirs.

Le juge d'instruction a des devoirs généraux comme juge et des devoirs spéciaux comme juge chargé de l'instruction. C'est

devient une haute et précieuse garantie non-seulement pour les inculpés que des préventions hasardées peuvent atteindre, mais pour l'ordre social lui-même, que la répression n'affermir qu'à la condition d'être juste. Il doit donc redoubler ses soins et ses recherches; car il est plus facile ici de confondre la pensée et l'action, les actes extérieurs que la loi n'atteint pas et ceux qu'elle atteint, les simples tendances et le délit. Il est une belle maxime que le juriconsulte Modestin appliquait à la poursuite des crimes de lèse-majesté : *Hoc crimen à judicibus non in occasionem ob principalis majestatis venerationem habendum est, sed in veritate; nam et personam spectandam esse, an potuerit facere, et an antè quid fecerit et an cogitaverit, et an sanæ mentis fuerit; nec lubricum linguæ ad pœnam facile trahendum est : quanquàm enim temerarii digni pœnâ sint, tamen ut inanis illis parcendum est, si non tale sit delictum, quod vel in scripturâ legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum est*¹. La sagesse de cette instruction doit en faire une loi pour tous les juges.

1653. Si le juge d'instruction puise dans son seul caractère de juge et dans l'indépendance qui lui est propre des règles générales de conduite, il en trouve de plus spéciales et de plus directes dans la mission spéciale dont il est chargé. Quelle est cette mission? la recherche et la constatation des faits incriminés. Quel est le but qu'elle veut atteindre? la manifestation de la vérité. Enfin, quels moyens doit-elle employer pour y arriver? Les moyens qui sont indiqués par la loi. De là trois règles qui vont être successivement exposées.

La première découle de la nature même de la mission dont le juge est chargé : cette mission étant la recherche des indices et des preuves des délits, il est clair qu'il doit, suivant une ancienne formule, *procéder diligemment*. Toutes les anciennes ordonnances répètent cette règle. L'ordonnance de 1539, article 139 : « Enjoignons à tous nos juges qu'ils aient à diligemment vaquer à l'expédition des procès criminels, dont nous chargeons leur honneur et conscience. » L'ordonnance de janvier 1560, article 63 : « Enjoignons à tous nos juges et hauts justiciers, *informer en personne, promptement et diligemment, sans divertir à d'autres actes*, les crimes et délits qui seront venus à leur connoissance,

¹ L. 7, § 3, Dig. ad leg. Jul. majestatis.

de la vérité; le juge ne doit donc agir que pour provoquer cette manifestation, et par conséquent il doit instruire *tant à charge qu'à décharge*. C'est là l'une des plus anciennes règles de la procédure. Ulpien établit nettement que le juge doit rechercher l'innocence des inculpés : *Et qui cognovit, debet de innocentia eorum quærere*¹. De là cette maxime des docteurs : *Judex ex se et officio suo tenetur quærere rei innocentiam*². Guenois rapporte une ordonnance de 1328 qui déjà aurait appliqué ce principe : *In quocumque delicto, non procedatur ad inquestum nisi informatione præmissa de et super innocentia et culpa*³. L'article 203 de l'ordonnance de Blois de mai 1579 appliquait cette maxime en ces termes : « Enjoignons à tous juges enquêteurs, commissaires, huissiers et sergens d'examiner les témoins qui seront ouïs ès informations *sur la pleine vérité du fait, tant de ce qui concerne la charge que la décharge des accusés*. » L'ordonnance de 1670 avait repris cette disposition. L'article 1^{er} du titre IV enjoignait aux juges de dresser procès-verbal *de tout ce qui peut servir pour la décharge et conviction*. L'article 10 du titre VI ajoutait : « La déposition de chacun témoin sera rédigée *à charge ou à décharge*. » Muyart de Vouglans, dans son commentaire sur cet article, dit : « L'information n'étant autre chose qu'une exacte perquisition de la vérité des faits, pour y bien procéder, il est du devoir d'un bon juge de ne rien négliger de tout ce qui peut tendre à la découverte de cette vérité, et, par conséquent, de n'omettre dans la rédaction des dépositions aucune des circonstances qui peuvent servir à faire décharger l'accusé, comme à celles qui tendent à le convaincre du crime. C'est ce qui a fait dire que l'information était comme une glace qui doit représenter les objets tels qu'ils sont, sans augmenter, diminuer ni altérer en quelque manière que ce puisse être⁴. » Serpillon ajoutait : « La décharge de l'accusé est même plus favorable que la charge. Il est de l'honneur et de l'équité de chercher principalement la justification d'un accusé qui souvent n'est pas en état de se défendre⁵. »

¹ L. 19, Dig., De præmis; l. 1, § 27, De questionibus.

² Farinacius, De inquis., quest. 11, n. 10; et dans le même sens, l'art. 44 de l'ord. de Charles-Quint.

³ Liv. IX, tit. III, § 2.

⁴ Instr. crim., p. 243.

⁵ Cod. crim., tom. I, p. 481.

par les suggestions des parties? Comment pourra-t-il accomplir sa mission s'il n'a pas acquis, par l'étude de la philosophie, la connaissance de l'homme, la science de ses passions, de ses faiblesses, de ses entraînements, s'il ne sait pas les causes des actions, les liens qui enchainent les fautes les unes aux autres, les différentes sources des crimes? Instruire à charge et à décharge, c'est approfondir toutes les circonstances du fait, c'est porter la lumière sur tous les recoins du terrain où s'élèvera le débat; c'est sonder toutes les obscurités de la cause, toutes les probabilités qu'elle soulève; c'est surmonter le dégoût des longues recherches, la fatigue des investigations stériles; c'est réagir contre cette tendance de l'âme qui, désolée de la perversité qu'elle a constatée, tombe dans une sorte d'accablement, et finit, après en avoir gémi, par y croire trop facilement; c'est enfin garder à l'homme même coupable assez de pitié pour épier dans sa conduite les motifs qui peuvent l'atténuer, et c'est puiser dans l'amour de la justice assez de force pour triompher de tous les entraînements qui pourraient égarer l'instruction.

Quelques criminalistes ont essayé d'imposer à cette règle une singulière limite : « Le juge d'instruction, dit M. Legerverend, ne doit pas instruire à décharge, dans ce sens que, si un fait réputé criminel existe, et que le prévenu en soit désigné comme l'auteur, il ne doit point entendre de témoins sur les excuses que pourrait présenter le prévenu, à moins qu'elles ne soient péremptoires et exclusives de la criminalité de l'action, comme dans le cas de démence ou de force majeure, ni provoquer sur la moralité ou la réputation du prévenu des témoignages isolés de la part de personnes qui seraient présumées n'avoir rien à dire sur le fait et sur les circonstances qui s'y rattachent¹. » Cette doctrine a déjà été combattue par M. Mangin : « Je crois, a dit ce magistrat, qu'en limitant l'obligation du juge d'instruction à informer, à la décharge du prévenu, sur les seuls faits de nature à ôter à l'action qui donne lieu aux poursuites tout caractère criminel, tels que ceux de démence et de force majeure, ces auteurs ont trop restreint cette obligation, et que le juge d'instruction doit toujours instruire sur les faits d'excuse reconnus tels par la loi; qu'il ne lui est pas loisible de négliger la recherche des preuves

¹ Legerverend, *Législ. crim.*, tom. I, p. 256; Bourguignon, *Jurispr.*, tom. I, p. 180.

1655. Une troisième règle, enfin, est que le juge ne doit employer comme moyens d'instruction que les mesures qui sont autorisées par la loi, et ne doit en faire usage que dans les cas où elles sont autorisées. Cette règle, quelque claire qu'elle soit en elle-même, exige cependant comme les précédentes quelques explications.

Il faut sans aucun doute que le juge possède la science des lois pénales; car, au moment où il reconnaît l'existence d'un fait, il doit pouvoir en apprécier la valeur légale et peser la responsabilité qu'il entraîne. Il faut qu'il sache non-seulement la nomenclature des délits et les tables de leurs pénalités, mais encore tous les éléments qui les constituent et les nuances qui les séparent, les circonstances caractéristiques et les circonstances accessoires, les faits d'aggravation et les faits d'excuse; car chaque incident peut déterminer une conduite différente, et chaque erreur peut faire subir un péril à l'ordre public ou une souffrance à l'inculpé; car il n'y a lieu de prendre ni les mêmes moyens d'instruction, ni les mêmes mesures de précaution, si le fait n'est pas punissable, ou s'il ne constitue qu'une contravention au lieu d'un délit, un délit au lieu d'un crime, s'il n'est passible que d'une peine pécuniaire au lieu d'une peine corporelle. Il faut, enfin, qu'il connaisse les formes de la procédure, les moyens dont elle dispose et le mode de leur application, les cas dans lesquels il peut s'en servir et les conditions de leur emploi; car les formes de la procédure sont les garanties de la justice, et leur fidèle observation est dès lors le devoir du juge; mais ce n'est pas encore assez.

1656. Il faut, et c'est là surtout le fondement de tous ses actes, qu'il ait étudié le principe du pouvoir qu'il exerce, les conditions de son exercice et les limites dans lesquelles il est enfermé. En effet, et nous l'avons déjà dit¹, l'unique raison des mesures de l'instruction préalable est leur nécessité. Elles ne sont justifiées ni par la culpabilité des agents, puisque cette culpabilité n'est encore que présumée, ni par le droit de la justice, puisque la justice n'a pu déclarer encore la criminalité des faits poursuivis. Qu'elles soient la conséquence nécessaire du principe de l'instruction, la condition essentielle du droit de la justice pénale, cela

¹ Voy. *suprà* n° 1538.

est incontestable ; mais , par cela seul que leur légitimité est tout entière dans leur utilité , il faut conclure qu'elles doivent être circonscrites aux seuls cas où leur application est indispensable , aux seuls cas où elles sont nécessaires pour assurer les résultats de l'instruction .

Ainsi , il ne suffit pas que le fait , par son caractère légal , autorise telle mesure , que , dans les circonstances où il se produit , la loi en permette l'application , pour que le juge doive nécessairement en faire usage ; il faut encore que ce magistrat , après avoir apprécié les circonstances et la gravité de l'affaire et la position des inculpés , estime qu'elle est indispensable au succès de la procédure ; tout acte d'instruction qui peut porter en lui-même un préjudice quelconque est un acte arbitraire et quelquefois inhumain , s'il n'est pas justifié par la nécessité de l'instruction . Comment , en effet , expliquer le mal que peut causer cette mesure , si l'intérêt social ne l'impose pas ? Dans chaque affaire , les moyens employés doivent être proportionnés au but que l'action publique veut atteindre , et c'est le rapport exact de ces moyens avec la fin de l'instruction qui fait leur légitimité .

La loi , si elle n'a pas nettement formulé ce principe , le suppose implicitement dans ses dispositions ; car pourquoi aurait-elle laissé l'emploi des moyens d'instruction à la discrétion du juge , si elle n'avait pensé que cet emploi devait dépendre non d'une règle inflexible et précise , mais de l'appréciation de leur nécessité dans chaque affaire ? Le pouvoir discrétionnaire du juge n'est point un pouvoir arbitraire ; il est maître de prendre telle ou telle mesure , mais en subordonnant sa décision à la règle qui domine la loi elle-même , la nécessité de cette mesure , nécessité qui est le seul droit du juge , comme elle est le seul titre de la loi qui l'a autorisée .

Nous arrêtons ici ces observations , qui pourraient être beaucoup plus étendues . En trouvant la plupart de ces règles dans les anciens criminalistes , nous n'avons pu nous défendre de les reproduire . Si elles ne sont point formellement consacrées dans la loi , elles ont pour objet de la compléter et de développer l'esprit qui l'anime . Puisées dans l'essence même de l'instruction , conséquences immédiates d'une institution dont tous les ressorts ne tendent qu'à la découverte de la vérité , elles constituent en quelque sorte , dans leur puissance doctrinale , une seconde loi

1673. Que faut-il décider si le délit a été commis sur les confins de deux territoires ou sur une rivière qui sert de limite à deux juridictions ?
1674. Que faut-il décider si un coup de feu tiré sur la rive d'un fleuve a atteint une personne sur l'autre rive ?
1675. Que faut-il décider si les faits constitutifs du délit ont été successivement commis dans plusieurs juridictions ?
1676. En matière de délit d'habitude d'usure , le juge du lieu où se consomme le dernier fait est compétent.
1677. De la compétence en matière d'adultère , de banqueroute frauduleuse et de faux.

§ V. *Compétence du juge du lieu de la résidence du prévenu.*

1678. Motifs de la compétence du juge du domicile.
1679. La loi a-t-elle révoqué la compétence non du domicile , mais de la résidence.
1680. La résidence cesse-t-elle par l'effet d'un voyage ? A quelle époque doit-elle être constatée ?

§ VI. *Compétence du juge du lieu où le prévenu peut être trouvé.*

1681. Motifs de cette compétence. Dans quelles limites elle aurait dû être restreinte.
1682. Que faut-il entendre par le lieu où le prévenu pourra être trouvé ? Commentaire des articles 23 , 63 et 69.
1683. Le lieu où le prévenu est détenu peut-il être considéré comme le lieu où il est trouvé ?

§ VII. *Exceptions au principe de la compétence ratione loci.*

1684. Quelles sont les exceptions à ce principe.
1685. Première exception. Crimes commis à l'étranger.
1686. Deuxième exception. Indivisibilité et connexité des faits.
1687. Cas où un seul agent est à la fois inculpé de plusieurs délits.
1688. Cas où un même délit a été commis par plusieurs personnes.
1689. Cas où plusieurs délits connexes sont commis par différents agents.
1690. Troisième exception. Renvoi d'un juge à un autre pour cause de sûreté publique ou de suspicion légitime.
1691. Quatrième exception. Reconnaissance de l'identité des condamnés Délits de la presse. Délits d'inexécution des jeux soldats.
1692. Cinquième exception. Renvois après cassation.

§ VIII. *La compétence est d'ordre public.*

1693. Nul ne peut être distrait de ses juges naturels , qui sont ceux désignés par l'article 23. Ce principe est d'ordre public.
1694. L'exception d'incompétence peut être invoquée en tout état de cause.
1695. Elle peut être élevée devant le juge d'instruction , qui a le droit d'y statuer.
1696. Mais son droit est limité au cas où il s'agit de l'incompétence *ratione loci*.
1697. Il peut statuer sur l'exception d'incompétence tant qu'il n'est pas dessaisi.
1698. Comment il doit être procédé quand plusieurs juges d'instruction sont à la fois saisis.
1699. La règle de la prévention est abrogée. Le règlement de juges est fait par la chambre d'accusation ou par la Cour de cassation.
1700. Le juge peut-il revendiquer le renvoi d'une procédure instruite au préjudice de sa compétence ?
1701. Dans quels cas le juge d'instruction peut-il se dessaisir ?

1702. Peut-il se dessaisir, lorsqu'il est compétent, au profit du juge qui lui paraît le mieux placé pour faire l'instruction?

1703. Doit-il, en déclarant son incompétence, désigner le juge auquel l'affaire doit être renvoyée?

1657. Après avoir établi, dans le chapitre précédent, la juridiction du juge d'instruction et les pouvoirs que la loi lui a délégués, il faut tracer le cercle dans lequel il peut exercer ces pouvoirs, en d'autres termes, le cercle de sa compétence.

La compétence du juge d'instruction est, en général, le droit d'instruire sur certains faits, contre certaines personnes, dans certains lieux. La déterminer, c'est indiquer sur quels faits, contre quelles personnes, dans quels lieux le juge peut agir; elle est, en effet, la mesure de sa juridiction.

La compétence du juge est la première condition de la validité de toute procédure criminelle; car elle constitue son droit d'instruire dans telle affaire, de décréter contre telle personne, de procéder dans tel lieu. S'il est incompétent, c'est-à-dire s'il n'a pas le droit d'instruire, s'il y a en lui un défaut de pouvoir, il fait des actes qu'il n'a pas le droit de faire, et qui dès lors, comme on le verra plus loin, sont frappés de nullité.

De là il suit que, lorsqu'une plainte est portée soit devant le procureur impérial, soit devant le juge d'instruction, leur premier devoir doit être de vérifier leur compétence, c'est-à-dire s'ils ont le pouvoir soit de poursuivre, soit d'instruire, à raison des faits énoncés dans la plainte.

Cette compétence est soumise à trois conditions distinctes. Elle doit être examinée relativement à la nature du fait, *ratione materiæ*; relativement à la personne, *ratione personæ*; relativement au territoire dans lequel la juridiction du magistrat est circonscrite, *ratione loci*. Il faut, pour que la compétence du juge existe, qu'il ait pouvoir de connaître, comme juge instructeur, du fait incriminé, pouvoir d'instruire contre l'inculpé, pouvoir de procéder sur le lieu où la poursuite est intentée, en d'autres termes, il faut qu'il ait juridiction sur le fait, sur la personne et sur le lieu.

Nous allons successivement expliquer ces trois causes de compétence.

pièces de l'information à cette juridiction. Si le procureur impérial et le juge d'instruction sont incompetents pour continuer la procédure, ils peuvent cependant la commencer. Leurs actes ont un caractère conservatoire; l'exception ne fait que leur indiquer le point où ils doivent s'arrêter.

Néanmoins, ce droit du juge d'instruction et du procureur impérial, quelque général qu'il soit, doit rencontrer une limite. La distinction entre l'incompétence absolue et l'incompétence relative, quoiqu'elle n'ait point en matière criminelle les mêmes effets qu'en matière civile, peut servir à formuler cette restriction. Lorsque le juge n'est frappé que par une incompétence relative, c'est-à-dire lorsque la matière dont il est saisi lui appartient par le droit commun et qu'elle n'a été transportée à un autre juge que par une loi d'exception, il est évident qu'il peut commencer l'information. Tels sont les cas où il s'agit d'un crime ou d'un délit commun justiciable soit de la haute Cour, soit d'un conseil de guerre, soit du tribunal maritime, à raison de la nature du fait ou du lieu où il a été commis. La juridiction exceptionnelle ne faisant que suspendre un droit qui appartient au juge, il peut l'exercer tant qu'elle n'est pas saisie, et avant d'ordonner le renvoi devant elle il doit pourvoir aux premiers actes de l'instruction. Mais lorsqu'il est frappé d'une incompétence absolue, lorsqu'il s'agit d'une matière dont la connaissance ne lui appartient pas même dans le droit commun, et dont il ne pourrait connaître sans intervertir l'ordre des juridictions, peut-il encore procéder à ces actes de l'instruction? Supposez que le fait incriminé soit un délit purement militaire, une contravention de police, une contravention administrative, le juge pourra-t-il se livrer même à la recherche et à la constatation du fait? S'il reconnaît immédiatement son caractère, il ne doit faire aucun acte de procédure; car ce fait n'appartient pas même à sa juridiction par sa nature, il n'a, même dans le droit commun, aucun pouvoir pour instruire. Le juge militaire, relativement aux délits de discipline, le juge de police, relativement aux contraventions, et même le juge administratif, relativement aux infractions purement administratives, ne sont point des juges d'exception, dans le sens propre de ce mot; ils n'ont point enlevé au juge ordinaire une partie de ses attributions; ils prononcent sur un ordre de faits qui leur appartient en vertu d'un droit qui leur est propre. Le juge d'instruction

1668. Le Code d'instruction criminelle a fait disparaître cette prééminence établie par notre ancienne législation, d'abord en faveur du juge du domicile, ensuite en faveur du juge du lieu du délit. Elle a substitué au principe de la prévention celui de la concurrence; elle a déclaré également compétents le juge du lieu du délit, du lieu du domicile et du lieu de la capture. M. Treilhard disait, dans l'exposé des motifs : « Un article très-précis lève toute incertitude sur la compétence : la loi déclare également compétents le procureur impérial du lieu du délit, celui de la résidence du prévenu et celui du lieu où le prévenu peut être saisi; cette heureuse concurrence nous autorise à croire que le crime ne restera jamais sans poursuite¹. »

Ce nouveau principe est établi par les articles 23, 63 et 69 du Code d'instruction criminelle. Le Code, après avoir dit, article 22, que les procureurs impériaux sont chargés de la recherche et de la poursuite de tous les délits, ajoute : « Article 22. Sont également compétents, pour remplir les fonctions déléguées par l'article précédent, le procureur impérial du lieu du crime ou du délit, celui de la résidence du prévenu et celui du lieu où le prévenu pourra être trouvé. » Les articles 63 et 69 ont étendu cette disposition aux juges d'instruction; ils portent : « Article 63. Toute personne qui se prétendra lésée pour un crime ou un délit pourra en rendre plainte et se constituer partie civile devant le juge d'instruction soit du lieu du crime ou du délit, soit du lieu de la résidence du prévenu, soit du lieu où il pourra être trouvé. Art. 69 : Dans le cas où le juge d'instruction ne serait ni celui du lieu du crime ou délit, ni celui de la résidence du prévenu, ni celui du lieu où il pourra être trouvé, il renverra la plainte devant le juge d'instruction qui pourrait en connaître. »

1669. Il faut toutefois reconnaître que les mêmes motifs ne militent pas pour ces trois ordres de compétence. La compétence du lieu où le délit a été commis est celle qui est le plus en rapport avec la mission de la justice pénale. C'est dans ce lieu, en effet, que les indices peuvent être recueillis, que les témoignages peuvent être entendus, que les preuves peuvent prendre tout leur développement, que la vérité, en un mot, se manifeste le plus clairement; c'est dans ce lieu, où le dommage a été causé, où le

¹ Locré, tom. XXV, p. 241.

crime a fait sa blessure, que la réparation doit être faite, que la peine doit un exemple; c'est là, enfin, que la procédure est plus facile, qu'elle est plus prompte et qu'elle peut s'expédier avec plus d'économie. A la vérité, si le lieu de la perpétration du délit n'est pas en même temps le lieu du domicile de l'agent, il peut se trouver, à certains égards, lésé dans sa défense; car comment fera-t-il comparaitre aux yeux du juge du lieu du délit sa vie antérieure, toutes ses actions qui ont précédé celle qui est incriminée et qui l'expliquent peut-être, l'estime qu'il avait conquise parmi ses concitoyens, la position qu'il s'était faite? Ce sont là, il faut le dire, de vrais moyens de défense; car ce n'est pas un fait que la justice apprécie, c'est un homme; et comment juger un homme à raison d'un acte qui serait isolé de toute sa vie? Il est certain que le meilleur juge serait celui qui serait à la fois le juge du lieu et celui du domicile, puisqu'il pourrait apprécier à la fois l'effet produit par le délit sur les lieux et toute l'existence qui a précédé ce délit. Mais si l'agent, par le fait même de sa volonté, a séparé ces deux circonstances, s'il n'était plus au lieu de son domicile au moment où la prévention est venue le saisir, ou si l'acte qui lui est imputé a été commis dans un autre lieu, que doit faire la justice? Doit-elle préférer l'intérêt de la défense, qui réclame le juge du domicile, ou l'intérêt social, qui veut que le jugement soit prononcé là où le délit a été commis? Il est évident que le juge du lieu doit être préféré, non-seulement à raison de l'exemplarité de la réparation, mais à raison surtout des moyens que seul il possède de vérifier la vérité des faits. Il est plus facile, d'ailleurs, de transporter les attestations du domicile que les indices et les témoignages du lieu de la perpétration du délit.

1670. Il suit de là que si la loi a dû poser en principe la concurrence des trois compétences, pour arriver à la saisie des prévenus dans tous les lieux où ils peuvent être trouvés, cette concurrence ne doit pas être appliquée dans des termes absolus. Ainsi, le juge du lieu du délit doit être préféré au juge du domicile, parce qu'il présente les plus sûres conditions d'une bonne justice, et qu'il apporte à l'ordre public les garanties les plus certaines. Ainsi, et à plus forte raison, le même juge doit être préféré au juge du lieu de la capture, puisque celui-ci ne possède pas les moyens de preuve, que son jugement n'aurait qu'un résultat

il peut instruire ; car la désignation de ce lieu n'est qu'une des circonstances qu'il est chargé de vérifier, et il suffit que la plainte suppose la perpétration sur le territoire du ressort pour qu'il soit compétent, au moins jusqu'à ce que cette supposition soit détruite par l'instruction. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a reconnu « que la commune dans laquelle le cadavre de l'enfant nouveau-né a été trouvé doit être présumée être le lieu du délit jusqu'à preuve contraire »¹. Mais s'il résulte, au contraire, de la plainte et des circonstances du fait, que le lieu de sa perpétration, quoique non connu, soit en dehors du territoire de la juridiction, le juge ne doit pas commencer l'information, car il n'a pas de pouvoir. Quelques auteurs enseignent néanmoins que, même dans ce dernier cas, il peut instruire jusqu'à ce que l'affaire soit revendiquée par un autre juge². Mais une telle décision serait destructive du principe de la compétence territoriale. Dès qu'aucun des faits élémentaires de cette compétence n'existe, l'information n'a plus de base légale, et l'inaction du juge compétent ne fait pas passer son autorité au juge qui se trouve saisi. Il a été jugé, conformément à cette doctrine, que le juge d'instruction de Carpentras était incompétent pour continuer l'instruction d'un délit commis à Marseille, lorsque le prévenu n'avait point été arrêté et résidait à Marseille³.

1673. Lorsque le délit a été commis sur les confins mêmes qui séparent deux territoires, de sorte qu'il peut être réputé avoir été commis dans les deux à la fois, il est clair que les juges des deux juridictions sont compétents, et que l'instruction, sauf règlement de juges, s'il y a lieu, doit appartenir à celui qui s'est le premier saisi. Telle était la décision de Julius Clarus : *uterque iudex potest procedere; si tamen unus præveniat, ille solus cognoscere debet*⁴. Mais supposons que le fait ait été commis sur une rivière qui sert de limite aux deux juridictions ; si l'on ignore sur quel point de la rivière la perpétration a eu lieu, les deux juges sont évidemment compétents, c'est le cas de dire avec Decianus : *si ignoratur cui territorio locus ille sit applicandus, ambo iudices illorum territoriorum de rigore poterunt cognoscere, quia locus*

¹ Arr. cass. 20 floréal an XIII (J. P., tom. IV; p. 536).

² Baldus in leg. 2 Cod., Ubi de crimine agi oporteat; Julius Clarus, quest. 33, n. 11; Farinacius, quest. 7, n. 51.

³ Cass. 26 mars 1857 (Bull., n° 120).

⁴ Quest. 38, n. 11.

« Il me semble que ce doit être le juge du lieu où la personne est tuée qui doit connaître du délit, à cause de la visite du cadavre qui ne pourrait être faite par le premier juge hors son ressort ¹. » Mais si le cadavre avait été transporté, après l'homicide, d'une rive à l'autre, le juge de cette rive deviendrait-il donc par cela seul compétent? Ne serait-ce pas substituer le résultat matériel du crime au crime lui-même et le lieu où les preuves sont trouvées au lieu même de son exécution? D'ailleurs, le juge du lieu n'a-t-il pas les moyens de suppléer à son transport par des commissions rogatoires?

1675. Les difficultés prennent plus de gravité lorsque les faits constitutifs d'un crime ou d'un délit ont été commis successivement dans plusieurs juridictions.

Il est un premier point incontestable. C'est que si chacun des faits commis dans un lieu différent constitue en lui-même, et en le détachant de la série des actes qui l'ont précédé ou suivi, un crime ou un délit distinct, chacun des juges sur le territoire desquels ces faits successifs se sont accomplis est également compétent pour en connaître. « Si, par exemple, dit Jousse, quelqu'un blesse une personne dans l'étendue d'une justice, et qu'ensuite il la poursuive et la tue dans une autre justice; ou qu'après l'avoir liée dans l'étendue d'une justice, il aille la dépouiller et voler dans une autre, chacun des deux juges en pourra connaître ². » En effet, chacun des deux territoires est le théâtre d'un délit auquel l'autre se rattache, « soit pour cause de connexité, soit pour cause d'indivisibilité. Si les deux juges sont à la fois saisis, il y aura lieu à règlement de juges.

Mais si l'un des faits, quoique punissable en lui-même, est l'élément d'un crime plus grave commis dans un autre lieu, le juge de ce dernier lieu devrait seul être saisi. Supposons dans un lieu un complot suivi d'un acte préparatoire, dans les termes de l'art. 87 du Code pénal, et dans un autre lieu, l'exécution de l'attentat préparé par ce complot. Comme dans cette hypothèse le complot n'est plus qu'un acte préparatoire de l'attentat, un élément du crime principal, le lieu de l'exécution de l'attentat est le véritable lieu du crime. Et cependant il serait difficile de

¹ Tom. II, p. 414.

² Tom. I, p. 414; et Decianus, lib. IV, cap. 17, n. 6.

refuser au juge du lieu du complot le droit de commencer une information, puisqu'il peut ignorer encore si le complot se rattache à l'attentat, sauf son dessaisissement ultérieur par voie de règlement de juges ¹. A plus forte raison il faut décider que dans tous les cas où un crime commun, tel qu'un assassinat ou un vol, est préparé dans un lieu et exécuté dans un autre, le lieu de l'exécution est le seul où la poursuite doit être exercée. Car le projet du crime, non suivi d'exécution, échappe à la justice humaine; c'est l'exécution seule qui constitue le crime.

Si chacun des faits successivement commis dans des lieux différents n'est qu'un élément du délit, sans contenir en lui-même une criminalité distincte, le juge de ces différents lieux devient-il compétent? Cette question avait été soulevée dans notre ancien droit relativement au crime de rapt. « L'opinion commune, dit Jousse, est que tous les juges, tant celui de l'enlèvement que ceux des différents lieux par où passe le ravisseur avec la personne ravie, sont en droit d'en connaître ². » Telle fut aussi l'opinion émise par M. de Lamoignon, dans les conférences préparatoires de l'ord. de 1670, et il la fondait sur ce que dans le rapt il y avait une succession continuelle de crimes, et que si le ravisseur avait commencé le rapt dans une petite juridiction, et continuait son crime partout où il passait, il ne paraissait pas que, s'il était arrêté à cent lieues de là, il dût être renvoyé au premier juge ³. Cependant quelques auteurs ⁴ avaient combattu cette opinion : « Dans ces sortes de crimes, dit Pothier, le lieu du délit est celui où s'est commis ce qu'il y a de principal dans le délit, et non pas ce qui n'en est que la continuation et la suite. Or, ce qu'il y a de principal dans le rapt est l'enlèvement de la personne du lieu où elle était; le reste n'en est que la suite. C'est donc le lieu où s'est fait l'enlèvement qui est le seul lieu du délit ⁵. » Cette dernière solution est évidemment fondée. Le crime de rapt, d'après les termes de l'article 354 du Code pénal, consiste tout entier dans le fait de l'enlèvement; la détention ultérieure de la personne enlevée n'est point un de ses élé-

¹ Merlin, Rép., v° *Compétence*, § 2, n. 2.

² Tom. I, p. 414.

³ Procès-verbal, p. 4.

⁴ Farinacius, quest. 7, n. 45; Dargentré, sur l'art. 12 de la Conf. de Bretagne; Serpillon, tom. I, p. 24.

⁵ Proc. crim., sect. 1^{re}, art. 22.

femme. Ainsi la femme ne serait pas fondée à demander dans ce cas son renvoi devant le juge du délit ¹. » Rousseaud de la Combe ajoute le motif de l'ancien droit, « parce que l'adultère n'est erime, quant à la punition judiciaire, que relativement au mari ² ». Cette décision et la raison qui l'appuie sont contraires à notre législation moderne. La loi, d'abord, n'a fait aucune exception en matière d'adultère à la règle générale sur la compétence du juge du lieu où le délit a été commis ³. Ensuite, il n'est pas exact de dire que la peine de ce délit a été établie au profit du mari; cette loi ne l'a portée, ainsi que nous l'avons déjà remarqué (n° 762), que dans l'intérêt social le plus légitime et le plus élevé; ce qu'elle punit, ce n'est pas l'injure du mari, c'est la violation d'un devoir dont l'accomplissement est un des éléments de l'ordre général.

En matière de banqueroute frauduleuse, le lieu de la faillite n'est pas nécessairement le lieu du délit. La Cour de cassation a jugé « que la faillite est un fait moral qui n'a pas de lieu déterminé; qu'il se reproduit partout où le failli a contracté des engagements qu'il ne tient pas;.... que le crime de banqueroute ne gît que dans la fraude dont le failli se rendrait coupable; que ce crime n'est point nécessairement et par sa nature commis au lieu de domicile du failli; que si les faits de fraude se sont passés ailleurs, le domicile de ce failli ne peut plus déterminer exclusivement, comme en matière civile, la compétence des tribunaux ⁴ ». En effet, la loi, on l'a déjà dit, n'a fait aucune exception à la règle générale de la compétence : le prévenu de banqueroute frauduleuse peut sans aucun doute être poursuivi au lieu de la faillite, puisque ce lieu est celui de son domicile. Mais si les faits qui, aux termes de l'article 591 du Code de commerce, constituent le crime de banqueroute ont été commis dans un autre lieu, par exemple, si les marchandises soustraites étaient placées ou si les engagements frauduleux ont été souscrits ou exécutés dans un autre arrondissement, le juge de cet arrondissement est compétent pour instruire; car la faillite, bien qu'elle soit un élément du crime, ne constitue par elle-même

¹ Tom. III, p. 241.

² Traité des mat. crim., p. 24.

³ Conf. M. Lescylier, n. 1606.

⁴ Arr. cass. 1^{er} sept. 1827 (J. P., tom. XXI, p. 775).

du 19 mai 1847 décide : « que la circonstance que les inculpés étaient déjà détenus dans la maison de justice du tribunal de Saint-Amand, lorsque les faits commis dans le ressort du tribunal de Montluçon ont été révélés à la justice, dans le cours de l'instruction à laquelle procédait le juge d'instruction du tribunal de Saint-Amand, sur une inculpation de vol dans le ressort de ce tribunal, ne donnait pas au procureur du roi près ledit tribunal le droit de requérir une instruction sur le crime d'incendie commis dans le ressort de Montluçon, puisqu'à l'égard dudit fait le tribunal de Saint-Amand n'était, d'après l'article 23 Code d'instruction criminelle, investi d'aucun droit de compétence pour procéder légalement à l'instruction sur ledit fait, parce que l'on ne peut considérer *le fait de la détention* des inculpés dans la maison de justice de Saint-Amand, antérieure à la révélation des faits qui auraient été commis dans le ressort du tribunal de Montluçon, comme remplissant la troisième condition de compétence spécifiée dans l'article 23, laquelle attribue juridiction au tribunal du lieu où le prévenu pourra être trouvé¹. » Dans une autre espèce, la fille Hervé, acquittée par la cour d'assises du Morbihan de l'accusation d'infanticide portée contre elle, avait été mise sous mandat de dépôt, à l'issue du débat, non par le président des assises, à la suite des réserves du ministère public, mais par le juge d'instruction, en vertu d'une réquisition nouvelle. Le tribunal correctionnel de Vannes se déclara incompétent, attendu que le délit qui donnait lieu à cette poursuite avait été commis à Carnac, dans l'arrondissement de Lorient, et que c'était aussi dans cette commune que la prévenue avait été trouvée et arrêtée. Le ministère public s'est pourvu contre cette décision, et son pourvoi a été rejeté, « Attendu que, si les dispositions des articles 23 et 63 donnent compétence à la juridiction du lieu où le prévenu a pu être trouvé, ces dernières expressions ne peuvent s'entendre que du lieu où le prévenu a été appréhendé et mis sous la main de justice ; qu'elles ne sauraient s'appliquer au cas où, par l'effet d'une prévention étrangère au fait qui donne lieu à de nouvelles poursuites, le prévenu a été transféré dans un autre arrondissement que celui où il a été arrêté, et maintenu en état de détention dans un ressort autre que celui où il réside et où le délit a été commis ; qu'ainsi, en donnant l'ordre de retenir la

¹ Arr. cass. 29 mai 1847 (Bull., n° 118).

bats, l'accusé aura été inculpé sur un autre fait, soit par des pièces, soit par les dépositions des témoins, le président, après avoir prononcé qu'il est acquitté de l'accusation, ordonnera qu'il soit poursuivi à raison de ce nouveau fait. En conséquence, il le renverra, en état de mandat de comparution ou d'amener..., *devant le juge d'instruction de l'arrondissement où siège la cour, pour être procédé à une nouvelle instruction.* » Mais faut-il voir dans cette disposition une exception à la règle posée par l'article 23 ? Lorsque l'acquiescement de l'accusé est prononcé, il est réputé en état de liberté, et la nouvelle prévention née dans le cours du débat, et qui vient le saisir en ce moment, ne le saisit-elle pas réellement au lieu où elle le trouve ? Ensuite, ce qui explique, dans cette hypothèse, la compétence du juge d'instruction du siège de la cour d'assises, c'est que c'est dans le débat qui vient de se clore qu'ont éclaté les indices de la nouvelle prévention ; c'est donc là que l'instruction peut recevoir la direction la plus éclairée. Aussi l'article 361 ajoute : « Cette disposition ne sera toutefois exécutée que dans le cas où, avant la clôture des débats, le ministère public aura fait des réserves à fin de poursuivre. » En effet, le ministère public annonce par ces réserves l'intention de se saisir du fait qui vient d'être révélé ; il y a donc lieu de présumer qu'il trouve dans la première instruction les éléments de la seconde. Mais il n'en est plus ainsi lorsque les débats, dans lesquels l'accusé a été inculpé de nouveaux faits, ont été suivis d'une condamnation : l'article 379 veut que, dans ce cas, « la cour ordonne qu'il soit poursuivi, à raison de ces nouveaux faits, *suivant les formes prescrites par le présent Code* », et par conséquent devant le juge compétent, aux termes des articles 23, 63 et 69. Quelle est la raison de cette différence ? C'est que, dans la première hypothèse, il est urgent de saisir le prévenu que l'acquiescement met en liberté ; tandis que, dans la seconde, il se trouve, par l'effet de la condamnation, sous la main de la justice ; il n'existe donc, dans ce dernier cas, aucun motif d'étendre la règle qui attribue compétence au juge du lieu où le prévenu est trouvé, et le droit commun suffit à cette espèce. Or le droit commun, ainsi que cela résulte du rapprochement même de ces deux textes, c'est la compétence du lieu où le prévenu a été trouvé et non du lieu où il est détenu.

C'est par ce motif que la jurisprudence a soigneusement res-

juridiction. Nous ne serons que mentionner sommairement ces différentes exceptions, attendu qu'elles se rattachent à des règles qui seront ultérieurement développées.

1685. La première exception est relative aux crimes commis sur le territoire étranger, et qui, aux termes des articles 5 et 7 du Code d'instruction criminelle, peuvent être poursuivis en France. Nous avons précédemment indiqué dans quels cas et sous quelles conditions cette poursuite peut avoir lieu (voy. n° 653 et suiv.). Devant quel juge doit-elle être portée? A défaut du lieu de la perpétration du délit, le prévenu ne doit-il pas du moins être traduit soit devant le juge du lieu de sa résidence, soit devant celui du lieu où il est saisi? La loi est muette à cet égard; elle énonce les conditions de l'action, elle n'énonce point le lieu où elle doit être intentée; et ce qui pourrait faire naître quelque hésitation, c'est que si le crime a été commis dans quelque lieu voisin des frontières, il serait utile, dans l'intérêt de la découverte de la vérité, de saisir le juge le plus proche de ce lieu. Mais, en matière de compétence, il ne doit point exister de règle arbitraire. La loi a posé trois règles pour diriger la juridiction du juge d'instruction; si l'une de ces règles ne peut être appliquée, à raison de la situation hors du territoire du lieu du délit, ce n'est pas une raison pour que les deux autres soient enfreintes. C'est donc au lieu de la résidence du prévenu, ou du moins au lieu où il est trouvé, que l'instruction doit être faite¹.

1686. Une deuxième exception a pour fondement l'indivisibilité et la connexité des faits. Le principe de l'indivisibilité de la procédure et de la jonction des procédures connexes, aussi ancien que la procédure elle-même, résulte, non de la loi, mais de la nécessité des choses, qui veut que toute action humaine, pour être sainement appréciée, soit examinée dans son ensemble, et non divisément et dans chacune de ses parties. La loi romaine l'avait formellement consacré : *nulli audientia præbeatur qui causæ continentiam dividet*². L'ordonnance de 1670 en avait

¹ L'art. 6 de la loi du 27 juin 1866 porte : « La poursuite est intentée à la requête du ministère public du lieu où réside le prévenu ou du lieu où il peut être trouvé. Néanmoins, la cour de cassation peut, sur la demande du ministère public ou des parties, renvoyer l'affaire à un tribunal plus voisin du lieu du crime, »

² L. 10, Cod., De judiciis.

mellement la jonction des procédures que dans le premier cas ¹. « Lorsque l'acte d'accusation contiendra plusieurs délits non connexes, le procureur général pourra requérir que les accusés ne soient mis en jugement quant à présent que sur l'un ou quelques-uns de ces délits. » Or, si l'instruction doit en général s'étendre aux différents délits commis par le même individu, il s'ensuit que la compétence du juge saisi du délit le plus grave ² enveloppe naturellement les autres délits, lors même qu'ils ont été commis sur un autre territoire : le principe de la compétence *ratione loci* se trouve donc indirectement modifié ; la jonction des procédures dessaisit les juges du lieu. Mais il faut immédiatement ajouter que si la première instruction est reconnue mal fondée, le juge devient aussitôt incompétent pour suivre les instructions qui n'étaient venues dans ses mains que par voie d'accession. Ce dernier point a été consacré par un arrêt qui déclare « que ce n'est que par l'usage criminel qui aurait été fait de la pièce prétendue fausse, dans le ressort de la cour de Paris, que cette cour serait devenue compétente pour connaître de ce faux contre ceux prévenus d'en être les auteurs, qui n'étaient pas soumis à sa juridiction, soit à raison de leur domicile, soit à raison du lieu de la fabrication de la pièce fausse ; qu'ayant été jugé que les prévenus d'avoir fait usage de la pièce fausse n'avaient pas agi criminellement, et qu'en conséquence il n'y avait lieu de suivre à leur égard, la cour de Paris, n'ayant plus à connaître du seul fait qui aurait déterminé sa compétence, a fait une juste application des principes de la loi, en se déclarant, dans l'espèce, incompétente à l'égard des auteurs du faux ³ ».

1688. La deuxième hypothèse est l'application nécessaire et directe du principe de l'indivisibilité. Le juge compétent à l'égard de l'auteur principal d'un crime ou délit est compétent à l'égard de tous les auteurs ou complices du même fait, lors même qu'il n'est ni le juge du lieu du crime ni celui de la résidence de ces complices. Une circulaire du ministre de la justice avait reconnu cette application en ces termes : « Il s'est élevé des difficultés sur la question de savoir si l'indivisibilité du délit en-

¹ Arr. cass. 14 mai 1829 (Dall., tom. II, p. 347).

² Arr. 18 janv. 1849 (Dall., 1849, p. 279).

³ Arr. cass. 26 nov. 1812; Rép., v° *Faux*, sect. 1^{re}, § 2, n. 3.

de remarquer néanmoins que le lien du domicile du plaignant attire nécessairement le prévenu, bien que la publication ait été faite en d'autres lieux, et que, le délit étant consommé par le premier fait de publication, ce n'est que par une sorte de fiction que le même délit est considéré comme s'accomplissant encore dans tous les lieux où d'autres faits de publication suivent le premier, où l'écrit déjà publié est successivement connu. Au reste, ces modifications au principe de la compétence ne s'étendent ni aux délits de la parole, ni aux délits commis par une voie de publication qui ne donne pas lieu au dépôt légal.

3° Les contraventions relatives aux dépôts de tissus prohibés. L'article 65 de la loi du 28 avril 1816 porte que, dans le cas de saisie de marchandises prohibées, les pièces seront remises « au procureur du roi près le tribunal correctionnel dans le ressort duquel le dépôt des marchandises aura été effectué ». Le véritable lieu du délit est le lieu de l'introduction de ces marchandises, mais la loi, en inculquant la seule détention, le seul dépôt, a transporté le lieu du délit au lieu de ce dépôt.

4° Les faits relatifs aux ateliers et manufactures. L'article 21 de la loi du 22 germinal an II porte : « En quelque lieu que réside l'ouvrier, la juridiction sera déterminée par le lieu de la situation des manufactures ou ateliers dans lesquels l'ouvrier aura pris du travail. » Mais cette disposition, applicable encore quant aux mesures de police dont cette loi rend les ouvriers passibles, a cessé de l'être quant à la juridiction criminelle. En effet, les délits qu'elle avait prévus ont fait depuis l'objet des articles 142, 414 et 415 du Code pénal, et se trouvent dès lors soumis, quant à leur poursuite, aux règles posées par le Code d'instruction criminelle.

5° Le délit d'insoumission des jeunes soldats appelés sous les drapeaux. L'article 39 de la loi du 21 mars 1832 porte que « l'insoumis sera jugé par le conseil de guerre de la division militaire dans laquelle il aura été arrêté ». Ce qui exclut le lieu de la résidence habituelle et celui où la désobéissance s'est manifestée. Mais cette disposition, que nous ne citons que comme une nouvelle application de l'esprit général de la législation, ne touche sous aucun rapport au juge d'instruction, qui est incompétent *ratione materiæ* et *personæ*.

Ces exemples suffisent pour faire voir que, dans quelques cas

très-peu nombreux du reste ¹, la loi a cru devoir, dans un intérêt d'administration de la justice et pour rendre son action plus facile, s'écarter des règles qu'elle a posées : c'est, en général, le caractère spécial du délit et la nécessité de le saisir là où il peut être prouvé qui motivent ces différentes dérogations au droit commun.

1692. Une dernière exception, qui prend sa source dans les règles mêmes de la procédure, est la conséquence nécessaire de l'annulation des arrêts et jugements que prononce la Cour de cassation : aux termes des articles 427 et 429 du Code d'instruction criminelle, cette Cour, après avoir déclaré la nullité, ordonne le renvoi des procès devant un autre juge. Ainsi, le juge dont la procédure est annulée et qui était le juge du lieu devient incompétent pour en connaître une seconde fois ; et ses attributions passent tout entières entre les mains du juge que la Cour de cassation désigne. Cette désignation, qui est laissée à la souveraine appréciation de cette Cour, opère donc une interversion dans l'ordre des compétences ; elle substitue au juge du lieu le juge ordinairement le plus voisin de ce lieu, qui paraît le plus propre à continuer la mission commencée par le premier. Les principes qui régissent les renvois après cassation seront ultérieurement expliqués ; on doit seulement faire remarquer ici avec quel soin la loi a voulu préserver le juge d'instruction saisi par le renvoi de toute influence qui pût gêner son impartialité. L'article 429 porte : « Si l'arrêt et la procédure sont annulés pour cause d'incompétence, la Cour de cassation renverra le procès devant les juges qui doivent en connaître et les désignera ; toutefois, si la compétence se trouvait appartenir au tribunal de première instance où siège le juge qui aurait fait la première instruction, le renvoi sera fait à un autre tribunal de première instance. » Ainsi, l'incompétence *ratione suspicionis adversus judicem*, qui frappe le juge qui a instruit la procédure annulée, enveloppe tout le tribunal où il siège. L'article 431 ajoute : « Les nouveaux juges d'instruction auxquels il pourrait être fait des délégations pour compléter l'instruction des affaires renvoyées ne pourront être pris parmi les juges d'instruction établis dans le ressort de la cour dont l'arrêt aura été annulé. » Ici la loi étend

¹ Voy. encore la loi du 2 floréal an II, art. 1^{er}.

du lieu de la résidence, la vérité aurait plus de chances de se manifester ; l'ordre des juridictions domine toutes les circonstances des faits, toutes les considérations qu'on pourrait faire valoir dans chaque procès. Que si, en matière civile, l'acquiescement des parties peut couvrir l'incompétence à raison du lieu, parce que cette incompétence n'a été établie que dans un intérêt privé, il n'en est plus ainsi en matière criminelle, parce que la compétence en cette matière est fondée sur un intérêt public qu'il n'appartient aux parties ni de faire fléchir, ni de discuter.

1694. Il suit de là que l'exception d'incompétence peut être invoquée en tout état de cause. Cette conséquence a été plusieurs fois consacrée par la Cour de cassation. On lit dans un arrêt « que les juridictions sont d'ordre public, et qu'il n'est pas au pouvoir des parties de se choisir des juges et de leur conférer une compétence et des attributions qu'ils ne tiendraient pas de la loi ; que si, en matière civile, la loi distingue entre l'incompétence à raison de la matière et la compétence à raison du lieu, et si celle-ci doit être proposée préalablement à toute exception et défense, tandis que l'autre peut l'être en tout état de cause et ne peut être couverte par l'acquiescement des parties, c'est parce que les parties peuvent renoncer à l'attribution spéciale faite à certains tribunaux, dans leur intérêt privé plutôt que dans l'intérêt public ; qu'il en est autrement en matière criminelle ; qu'en cette matière tout ce qu'ordonne la loi est prescrit dans l'intérêt public, puisque tout ce qui touche à l'honneur, la liberté et la sûreté des citoyens intéresse le public ; que le Code d'instruction criminelle ne distingue pas entre l'incompétence à raison du lieu du domicile du prévenu ou du lieu où le crime a été commis et toute autre incompétence ; que l'article 69 de ce Code ordonne impérativement au juge d'instruction, qui ne serait ni celui du délit, ni celui de la résidence des prévenus, ni celui du lieu où il pourra être trouvé, de renvoyer la plainte devant le juge d'instruction qui peut en connaître ; que, dans l'espèce, le délit dont il s'agit aurait été commis dans l'arrondissement d'Amiens, et non dans celui de Paris, et que la résidence des prévenus est dans le même arrondissement ; que, dès lors, en jugeant que les prévenus avaient pu, en cause d'appel, exciper de l'incompétence *ratione loci*, dont ils ne s'étaient point prévalus

le droit de statuer à cet égard? Il est certain qu'aucune disposition de la loi n'a posé de terme à l'exercice de ce droit. Il continue donc d'en être investi tant qu'il est saisi de la procédure, et il pouvait, en général, l'appliquer jusqu'à ce qu'il eût fait rapport à la chambre du conseil. Mais s'il ne rencontre dans la loi aucun obstacle, il peut en trouver dans les propres actes qu'il a accomplis. En effet, comment pourrait-il déclarer son incompétence s'il a déjà ordonné quelque saisie ou décerné un mandat de dépôt ou d'arrêt? Cette déclaration ne serait-elle pas l'annulation implicite mais nécessaire du mandat ou de la saisie ¹? Or, si le juge d'instruction peut rapporter ses ordonnances qui, comme celles qui prescrivent une visite ou une expertise, n'ont encore touché ni la personne ni les biens du prévenu, peut-il réformer lui-même celles qui ont été exécutées, et dont l'exécution constitue un droit acquis ou cause un préjudice consommé? Il est évident qu'il était lié par les mesures qu'il a prises, et qu'en continuant la procédure jusqu'à ces actes, il se dessaisissait du pouvoir de prononcer une incompétence qui ferait tomber tout ce qu'il avait fait. Mais depuis la loi du 17 juillet 1856, qui lui défère le règlement de la compétence, depuis la loi du 14 juillet 1865, qui l'autorise à donner mainlevée des mandats qu'il a décernés, les doutes qui embarrassaient la question n'existent plus. Le juge, en vertu des nouveaux articles 128 et suivants, statue sur la compétence en même temps que sur la prévention.

1698. Si les juges d'instruction du lieu du délit, du lieu de la résidence et du lieu de l'arrestation, se trouvent simultanément saisis, quelles règles doivent être suivies? L'indivisibilité de la procédure ne permet pas de continuer l'instruction du même délit devant plusieurs juridictions; il faut donc que deux de ces juges soient dessaisis, et que le procès soit porté tout entier devant le troisième. Comment et d'après quel principe ce choix doit-il être fait? Nous avons précédemment exprimé l'avis qu'en thèse générale le juge du lieu doit être préféré (n° 1669 et 1670). Il s'agit maintenant de savoir si cette préférence est toujours libre, s'il n'existe pas entre les juges saisis un droit de prévention.

Les articles 77, 78 et 79 du Code du 3 brumaire an IV étaient

¹ Arr. cass. 5 mai 1832 (J. P., tom. XXIV, p. 1018).

juges saisis de l'instruction qu'il a commencée; mais quelle force aurait son ordonnance vis-à-vis de ces juges? Comment seraient-ils tenus d'y obtempérer? Cet acte, loin de servir à vider le conflit, ne ferait qu'y apporter un embarras nouveau. Sans doute le refus de se dessaisir de la part des juridictions qui ont commencé une procédure, donnerait lieu à un règlement de juges, conformément aux articles 526 et 527 du Code d'instruction criminelle; mais, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'ordonnance de revendication, ce règlement de juges aura lieu; c'est le fait des deux instructions commencées, ce n'est pas l'ordonnance qui le motive. Ou les juridictions irrégulièrement saisies reconnaîtront leur incompétence, d'après l'avis qui leur aura été donné, ou elles refuseront de se dessaisir: dans le premier cas, le juge compétent continuera d'instruire, dans le deuxième, il y aura lieu à régler de juges; mais, dans l'un et l'autre cas, la forme de la revendication n'aurait aucun effet utile.

1701. Le juge d'instruction, lorsqu'il est régulièrement saisi, ne peut se dessaisir lui-même que dans deux cas: 1° lorsqu'il est officiellement informé que la haute cour, par une convocation légale, ou la cour impériale, par un arrêt d'évocation, ou la chambre d'accusation et la Cour de cassation, par un arrêt de règlement de juges ou de renvoi, lui enlèvent le procès qu'il avait commencé d'instruire; 2° lorsqu'il reconnaît son incompétence.

Dans le premier cas, il doit se borner à remettre les pièces de la procédure au parquet pour qu'elles soient transmises à la juridiction qui en est saisie. Cette remise doit être faite immédiatement et sans aucun acte; son dessaisissement résulte du décret ou de l'arrêt qui a transporté le procès devant d'autres juges.

Dans le deuxième cas, il doit, comme on l'a dit plus haut, prononcer lui-même son incompétence, aux termes de l'article 69, quand elle est fondée sur le lieu, et quand elle est fondée sur la nature du fait ou la qualité du prévenu, faire statuer par la chambre du conseil qui est également seule compétente pour connaître des autres exceptions.

1702. Lorsqu'il prononce lui-même sur l'exception d'incompétence *ratione loci*, deux difficultés peuvent l'arrêter. Lui appartient-il, lorsqu'il est l'un des trois juges désignés par les arti-

- 1730. Quels sont les effets du refus de signer.
- 1731. Doit-il être donné lecture de l'acte à la partie? doit-elle affirmer la sincérité des faits?
- 1732. Les formes de la plainte sont-elles modifiées lorsque le plaignant se porte partie civile?
- 1733. L'officier public qui reçoit la plainte doit-il poursuivre le plaignant à se porter partie civile?
- 1734. La partie civile doit signifier sa requête d'intercession et faire élection de domicile.
- 1735. Elle doit consigner, en matière de police et correctionnelle, la somme présumée nécessaire pour les frais.
- 1736. Règles applicables à cette consignation.
- 1737. Effets de l'omission des formalités prescrites par la loi sur la validité des dénonciations et des plaintes.
- 1738. Effets de cette omission relativement à la responsabilité des dénonciateurs et des plaignants.
- 1739. Les formalités légales doivent être plus rigoureusement exigées des parties civiles.

§ VI. *Désistement des parties.*

- 1740. Le droit de se désister de l'action civile n'appartient qu'aux parties civiles.
- 1741. Quelles sont les formes du désistement.
- 1742. Dans quel délai il doit intervenir.
- 1743. Quels sont ses effets.
- 1744. Le désistement permet-il à la partie de reproduire son action, ou équivaut-il à l'abandon de son droit?

§ VII. *De l'effet des dénonciations et des plaintes.*

- 1745. De leur effet relativement à l'exercice de l'action publique.
- 1746. De leur effet relativement à la responsabilité des dénonciateurs. Quelle était cette responsabilité dans la loi romaine.
- 1747. Quelle était cette responsabilité dans notre ancienne législation.
- 1748. Quelle est cette responsabilité dans notre législation actuelle?
- 1749. Motifs de l'art. 358 du Code.
- 1750. Commentaire de cet article. Explication des mots *pour fait de calomnie*.
- 1751. Jurisprudence conforme à la doctrine. Il appartient aux juges du fait d'apprécier le caractère de la dénonciation.
- 1752. Difficulté de distinguer la dénonciation téméraire et la dénonciation justement erronée.
- 1753. Causes d'excuse des dénonciations fausses. Atténuation de la responsabilité dans des cas déterminés.
- 1754. La responsabilité s'étend-elle au fonctionnaire qui dénonce les faits dont il a acquis la connaissance dans l'exercice de ses fonctions?
- 1755. S'étend-elle à la partie civile intervenant dans l'instance introduite par le ministère public?
- 1756. Distinction des réparations civiles et des dommages-intérêts. Définition et objet de ces dommages.
- 1757. Responsabilité des frais du procès.

§ I. *Quelles personnes peuvent porter plainte.*

1704. La dénonciation ou la plainte est le premier acte de l'instruction. C'est par cette voie que la justice est informée que

que ce dernier peut se constituer partie civile, et que l'autre ne le peut jamais, puisqu'il n'a aucun intérêt direct au procès. La différence qui sépare le plaignant et la partie civile, c'est que le premier, après avoir saisi la justice de sa plainte, reste étranger au procès, tandis que l'autre, devenue partie dans la cause, est associée à la poursuite et peut être responsable des frais.

§ II. De la dénonciation.

1706. La dénonciation, qui depuis le treizième siècle (voy. n° 287) a remplacé dans les mains des citoyens le droit d'accusation dont ils étaient armés, a été, en la considérant comme une institution judiciaire, l'objet de nombreuses critiques. « L'accusateur, dit Filangieri, doit soutenir son accusation, comparaître en jugement, fournir des preuves contre l'accusé. Le dénonciateur, au contraire, aussitôt après avoir fait sa dénonciation, se retire et n'est plus mêlé à l'instruction de l'affaire; son nom ne paraît jamais dans les actes de la procédure; sa dénonciation même n'est pas souscrite par lui; il peut devenir encore témoin du crime qu'il a dénoncé. Voilà sans doute une manière fort commode de troubler à son gré le repos d'un honnête homme. Chacun croira voir autour de soi une foule de délateurs toujours armés. Tel est le moyen le plus sûr d'anéantir la confiance publique et de dissoudre les liens de la société ¹. » Ces reproches, qui sont fondés sur une fausse appréciation de la dénonciation telle que la législation moderne l'a constituée, ont été réfutés avec une grande sagacité par le commentateur même de Filangieri. « Reprocher aux lois, a dit Benjamin Constant, d'établir la liberté de dénoncer me paraît absurde; c'est une liberté qu'on ne saurait interdire. Punirez-vous l'homme qui, instruit d'un crime, va le révéler au magistrat? Vous seriez de tous les citoyens une nation de sourds et d'aveugles volontaires. On redouterait autant le hasard qui ferait connaître un crime que le crime même. Pretendez-vous que si la dénonciation ne peut être punie, elle doit être repoussée? C'est-à-dire que vous obligerez le magistrat chargé de la poursuite de tous les délits à fermer les yeux sur ceux dont il aurait souvent la connaissance la plus exacte et la plus positive. Exigerez-vous que le dénonciateur se porte accusa-

¹ Science de la législat., tom. I, p. 292.

teur? La nécessité de se porter accusateur, après avoir dénoncé un crime, imposerait silence à tous les membres d'une société qui n'aspire qu'au repos ¹. »

Ces considérations sont parfaitement vraies. La délation est odieuse lorsqu'elle suppose dans le délateur un intérêt personnel, soit l'avidité d'une récompense pécuniaire, soit des motifs de haine ou de vengeance. C'est en ce sens que l'empereur Constance déclarait qu'il tenait pour innocent celui qui ne trouvait que des délateurs et pas un accusateur. *Nam et innocens creditur, cui defuit accusator, cum non defuit inimicus* ². La délation, même désintéressée, fait naître encore une certaine répulsion lorsque son auteur n'a appris que par des voies indirectes le crime qu'il dévoile, et lorsqu'il prétend rendre son intervention secrète. « En supposant, dit Benjamin Constant, que le dénonciateur ne soit animé par aucun intérêt de passion, de haine, de jalousie, il y a toujours en lui activité vicieuse, ardeur indiscrete et peu louable de se mêler de ce qui ne le regarde pas, espoir peut-être de se créer un jour quelque titre à la faveur de l'autorité qu'il prétend avoir servie par ses révélations officieuses ³. » Mais le citoyen qui, témoin d'un crime ou en ayant acquis directement la connaissance, le dénonce hautement et ne craint pas, pour servir un intérêt public, d'assumer sur lui les annuis et la responsabilité de la dénonciation, celui-là ne nous paraît devoir être ni flétri ni blâmé; il ne fait qu'accomplir un devoir ⁴. Tous les membres de la société, en effet, ont l'obligation de contribuer autant qu'ils le peuvent à l'observation des lois et à la garde des droits de chacun d'eux; l'attentat commis sur la personne d'un citoyen, la violation des lois qui protègent la liberté ou l'indépendance individuelle, doit donc provoquer l'intervention active et protectrice de tous ceux qui en sont les témoins. Or, comment cette intervention peut-elle se manifester, si ce n'est par le recours à la puissance de la justice, par la dénonciation du crime au magistrat? Ce qui sépare cette dénonciation, que les lois de 1791 ont appelée *civique*, de la délation aux formes obscures et perfides, que l'histoire et la conscience publique ont justement condamnée dans tous les

¹ Commentaire sur Filangieri, tom. III, p. 342.

² Cod. Theod., tit. IX, l. 6, De famosis libellis.

³ Loc. cit., p. 343.

⁴ Instr. pour la proc. crim. du 29 sept. 1791.

la dénonciation ne sont plus une garantie pour la justice elle-même, si elles ne sont pas contrôlées par l'examen contradictoire des deux parties, si le nom du dénonciateur déclaré au ministère public n'est pas livré à l'accusé, s'il ne peut proposer ses reproches comme il le fait vis-à-vis des témoins; si, opprimé par l'effet de cette dénonciation reçue dans l'ombre, il ne peut faire valoir ses griefs contre le dénonciateur. Il est d'un médiocre intérêt pour lui d'avoir communication de cette dénonciation après son acquittement; cette communication, faite dans un intérêt public plutôt que dans son intérêt personnel, n'a d'autre objet que de faire appliquer une peine pécuniaire ou corporelle au dénonciateur convaincu de calomnie; c'est avant les débats qu'elle serait utile, pour que la défense, en possession de tous les éléments de l'accusation, pût être complète. Ne peut-il pas arriver que ce soit sur les insinuations du dénonciateur et sur son témoignage reçu aux débats, sans que sa qualité ait été déclarée, que la conviction du jury se soit formée? Enfin, la dénonciation, qui donne lieu à la poursuite, n'est-elle pas une pièce du procès, et ne doit-elle pas être communiquée aussi bien que les déclarations écrites des témoins?

1708. La dénonciation est *officielle* ou *privée* : officielle, lorsqu'elle est faite par un officier public qui acquiert la connaissance d'un délit dans l'exercice de ses fonctions; privée, lorsqu'elle est faite par toute autre personne. Cette dénonciation, que la loi du 16-29 septembre 1791 n'avait point prévue, a été pour la première fois prescrite par l'article 83 du Code du 3 brumaire an IV. L'article 29 du Code d'instruction criminelle, qui reproduit à peu près les termes de cet article 83, est ainsi conçu : « Toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquerra la connaissance d'un crime ou d'un délit, sera tenu d'en donner avis sur-le-champ au procureur impérial près le tribunal dans le ressort duquel le crime ou délit aurait été commis ou dans lequel le prévenu pourrait être trouvé, et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. »

Cette injonction, qui se borne à formuler un devoir qu'aucune sanction ne devait suivre, s'adresse, non point aux officiers de police judiciaire, dont la mission spéciale est la recherche des

les citoyens sont autorisés à porter devant l'officier de police, il est encore de leur droit et même de leur devoir de dénoncer tous les attentats dont ils auront été témoins, soit contre la liberté ou la vie d'un autre homme, soit contre la sûreté publique ou individuelle. La liberté ne pouvant subsister que par l'observation des lois qui protègent tous les membres de la société contre les entreprises d'un homme puissant ou audacieux, rien ne caractérise mieux un peuple libre, que cette haine vigoureuse du crime qui fait de chaque citoyen un adversaire direct de tout infracteur des lois sociales. »

Cette injonction n'impose aux citoyens comme aux officiers publics qu'une obligation morale. La loi du 28 avril 1832 a même aboli les articles 103, 104, 105, 106, 107 et 136 du Code pénal, qui punissaient la non-révélation des crimes d'État et de fausse monnaie; elle a pensé qu'elle devait abandonner à la conscience des citoyens l'accomplissement d'un devoir que l'intérêt public commande et qui excitera toujours quelque répugnance.

La loi n'impose ce devoir qu'aux citoyens qui ont été témoins des crimes; ce sont ceux-là surtout, en effet, dont il importe de recueillir les déclarations puisqu'elles fournissent à la justice un élément direct de la poursuite; et il faut ajouter que c'est surtout sur ceux-là que l'obligation doit peser, puisque, par cela seul qu'ils ont vu les crimes, ils doivent ressentir plus que toute autre personne le besoin de les révéler. Cependant il ne suit pas de là que la loi ait voulu limiter cette disposition aux seuls témoins: toute personne qui a la connaissance directe d'un crime ou d'un délit peut le dénoncer; seulement ce n'est plus une obligation, mais une faculté.

L'article 30, comme l'article 29, qualifie simplement d'*avis* la dénonciation qu'il impose à tous les citoyens témoins d'un crime ou d'un délit. Ces avis doivent-ils être soumis aux formes prescrites par l'article 31 pour les dénonciations? Nous avons dit tout à l'heure que les avis des officiers publics n'étaient sujets à aucune forme; or, il nous paraît d'abord impossible que la même expression dans deux articles qui se suivent ait un sens différent; que, dans l'article 29, elle puisse signifier une simple lettre, et dans l'article 30, une dénonciation revêtue de toutes ses formes. M. Mangin, qui prête au mot *avis* cette double signification, s'appuie d'abord sur les dispositions des lois de 1791 et du

3 brumaire an IV, et il ajoute : « Si l'on ne veut pas que l'article 31 se rattache à l'article 30, à quels dénonciateurs l'appliquera-t-on ? Est-ce au dénonciateur qui n'a pas été témoin du fait qu'il a vu commettre, à celui qui révèle un fait dont il n'a pas été témoin ? Cette révélation n'a-t-elle pas pour objet et pour résultat de mettre le ministère public à même de poursuivre ? Et cette dénonciation est-elle autre chose que la déclaration à la justice d'un fait punissable dont on a connaissance ? » Cette interprétation nous paraît erronée. La loi du 16-29 septembre 1791 et le Code du 3 brumaire an IV ne se bornaient pas à prescrire aux citoyens qui avaient été témoins d'un attentat *d'en donner avis* ; la forme de cet avis était formellement réglée : c'était une dénonciation qui était rédigée par le dénonciateur ou par le juge de paix, que le dénonciateur devait signer à peine de nullité, et qui imposait à l'officier de police le devoir de décerner sur-le-champ un mandat d'amener contre le prévenu. Toutes ces dispositions ont été rejetées par notre Code. Il n'a repris dans les lois antérieures que les deux articles qui prescrivaient aux officiers publics et aux citoyens témoins d'un attentat d'en donner avis, et n'a soumis cet avis à aucune forme spéciale. Ne peut-on pas déjà conclure de cette rédaction différente qu'il n'a pas voulu imposer dans cette double hypothèse les formes de la dénonciation ? La loi a distingué, comme l'avait fait notre ancienne jurisprudence¹, les dénonciations volontaires et les dénonciations obligées ; les dénonciations volontaires sont nécessairement soumises aux formes prescrites par l'article 31 ; c'est la garantie légale qui y est attachée ; les dénonciations obligées, par cela qu'elles portent en elles le caractère d'une plus grande autorité, n'y sont point astreintes. Il est libre, sans doute, aux officiers publics qui ont acquis la connaissance d'un crime dans leurs fonctions, ou aux citoyens qui ont été témoins d'un attentat, de rédiger leur avis dans la forme prescrite par l'article 31 ; mais ils n'y sont point forcés. Et pourquoi cela ? C'est que la loi n'a pas voulu créer des obstacles aux dénonciations les plus précieuses pour la justice ; c'est que, lorsqu'il s'agit d'officiers publics ou de citoyens témoins d'un crime, il importait de faciliter les révélations au lieu de les écarter par des formes qui peuvent répugner à quel-

¹ De l'instr. écrite, n. 48.

² Jousse, tom. II, p. 56.

De là les règles différentes qui s'appliquent à la plainte et à la constitution de la partie civile. La loi du 16-29 septembre 1791 et le Code du 3 brumaire an IV avaient appliqué les mêmes règles au plaignant et à la partie civile, et les avaient confondus dans les mêmes dispositions : tout plaignant était réputé partie civile, s'il ne s'était pas désisté dans les vingt-quatre heures. Notre Code est revenu au système de notre ancienne législation. L'article 5 du titre III de l'ordonnance de 1670 portait : « Les plaignants ne seront réputés parties civiles s'ils ne le déclarent formellement, ou par la plainte, ou par acte subséquent, qui se pourra faire en tout état de cause, dont ils pourront se désister dans les vingt-quatre heures et non après. » Cet article a été reproduit presque textuellement dans l'article 66 du Code d'instruction criminelle, ainsi conçu : « Les plaignants ne seront réputés parties civiles s'ils ne le déclarent formellement, soit par la plainte, soit par acte subséquent, ou s'ils ne prennent, par l'un ou par l'autre, des conclusions en dommages-intérêts ; ils pourront se départir dans les vingt-quatre heures. » Nous retrouvons donc ici, en ce qui concerne la procédure, car les droits des parties civiles diffèrent essentiellement dans les deux législations toute la doctrine de notre ancienne jurisprudence. (Voy. n° 426.)

Ce qui constitue la partie civile, c'est la demande en réparation du dommage causé par le délit, c'est l'intérêt civil qu'elle fait valoir dans sa plainte et qui fait l'objet de son action ; ses conclusions en dommages-intérêts la font partie au procès. Ainsi le plaignant, s'il veut demeurer tel, ne doit former aucune demande, ne doit prendre aucune conclusion ; toute demande formée par lui constitue une action civile, et dès qu'il exerce une action, il devient partie. La responsabilité des frais qui pèse sur la partie civile, et qui sera examinée dans les n° 1735 et suivants, n'est que la conséquence de la demande en dommages-intérêts qu'elle porte devant la juridiction criminelle.

1712. Cette règle admet toutefois une exception : le plaignant peut, sans être tenu de se constituer partie civile et sans encourir la responsabilité de cette partie, demander la restitution des effets qui lui ont été pris. Cette distinction était admise dans notre ancien droit : « Lorsqu'il ne s'agit, dit Jousse, que de revendi-

et qui par là s'est chargée envers l'accusé de tous les risques attachés par la loi à l'exercice de cette faculté¹. »

1714. Peut-on se rendre partie civile contre un des accusés et non contre ses complices? Jousse soulève cette question et la résout en ces termes : « Quand l'accusé qui est poursuivi par une partie civile a des complices, il n'est pas nécessaire que l'offensé se rende partie contre ses complices, et il a la liberté de se porter partie contre les uns et non contre les autres. Mais l'offensé ne peut obtenir des intérêts civils, ni aucune réparation à l'égard de ceux contre lesquels il ne s'est point porté partie civile. De même, lorsque plusieurs personnes ont été offensées par un même délit, il est libre aux uns de se porter parties et aux autres de ne le pas faire; mais il n'y a que celui ou ceux qui se sont portés parties civiles qui puissent obtenir des intérêts civils contre l'accusé². » Ces solutions n'ont pas cessé d'être fondées. Il faut ajouter seulement que la partie civile, si elle n'a pas restreint son intervention, est présumée l'avoir étendue à tous les auteurs et complices du fait qui l'a lésée³.

1715. Le prévenu est-il recevable à se porter partie civile contre le plaignant qui s'est déjà constitué contre lui? La loi romaine n'admettait pas qu'un accusé pût devenir accusateur avant d'avoir purgé l'accusation qui pesait sur lui : *Neganda est accusatio his qui non suas suorumque injurias exequuntur, licentia criminandi, priusquam se crimine quo premuntur exuerint*⁴. On conçoit cette prohibition, lorsque l'accusateur exerçait l'action publique, lorsqu'il remplissait une mission sociale; et toutefois, même alors, la loi lui permettait l'accusation dans un intérêt personnel, lorsqu'il poursuivait ses propres injures ou celle des siens, *suas suorumque injurias*. La partie civile qui ne peut poursuivre que ses injures personnelles, et qui n'en demande que la réparation civile, est-elle soumise à la même règle que l'accusateur romain? En thèse générale, la récrimination ne doit point être admise en matière criminelle; car le délit de l'accusé n'est point effacé par le délit de l'accusateur : *Non relatione crimi-*

¹ Cass. 16 oct. 1812 (J. P., tom. X, p. 748).

² Tom. III, p. 75.

³ Instr. écrite, n. 52.

⁴ L. 19, Cod. de his qui accusare non possunt.

*num, sed innocentia reus purgatur*¹. Mais d'abord cette règle a quelques exceptions en matière de diffamation et de dénonciation calomnieuse; la défense du prévenu peut consister quelquefois dans la preuve du délit qu'il impute au plaignant². Ensuite il ne s'agit point ici d'une exception récriminatoire, ni de compenser un délit par un délit; il s'agit de les saisir l'un et l'autre; il s'agit uniquement de savoir si l'individu sur lequel pèse une prévention peut en élever une autre contre le plaignant lui-même. Or, s'il n'est pas devenu incapable d'ester en justice (n° 547), pourquoi ne le pourrait-il pas? pourquoi la poursuite exercée contre lui le mettrait-elle en dehors du droit commun? Sans doute il importe que l'accusé ne puisse, en abusant du droit de plainte, jeter sur la partie qui l'accuse un reflet défavorable; mais il ne faut pas exagérer les effets d'une plainte qu'il est toujours facile d'apprécier, avant même qu'elle ait été l'objet d'un examen judiciaire; et s'il était vrai ensuite que l'accusé pût y trouver un moyen de défense, si les imputations étaient réelles, si elles enlevaient aux déclarations de la partie civile leur importance, serait-il juste de le priver d'un tel moyen? Supposez deux délits connexes dont l'un ait été la suite et la conséquence de l'autre, faudra-t-il que la partie la plus diligente puisse, en hâtant le dépôt de sa plainte, intervertir les rôles et frapper d'impuissance la plainte qui la menace? « Chacune des parties, dit Jousse, ayant été offensée dans la même action et à l'occasion du même fait, l'une et l'autre est également fondée à accuser l'autre partie³. » Et quel est le péril de ces plaintes successives? Si la justice accueille toutes les dénonciations, n'est-elle pas appelée à les apprécier ensuite? Le juge n'est-il pas libre de joindre ou de ne pas joindre la nouvelle plainte à la première poursuite, suivant qu'il le croit utile à la bonne administration de la justice? A la vérité, l'accusé peut toujours alléguer pour sa défense les reproches qu'il dirige contre la partie civile; mais quand ces reproches deviennent des imputations graves, la seule voie légale de les produire n'est-elle pas la voie de la plainte? Et pourquoi le droit fléchirait-il à l'égard d'un prévenu qui n'est encore atteint d'aucune incapacité?

¹ L. 5, Dig., De publ. jud.

² C. pén., art. 373, et l. 26 mai 1819, art. 20.

³ Jousse, tom. III, p. 37.

même partie et a le même objet que la demande civile antérieurement formée. Mais dans quelles circonstances cette double condition est-elle réputée exister? Dans quels cas la demande a-t-elle le même objet? La jurisprudence va nous donner la solution de cette difficulté.

1717. Dans une première espèce, un mari, après avoir formé une demande en séparation de corps, pour cause d'adultère, avait saisi la juridiction correctionnelle à raison du même fait. Cette seconde action était-elle recevable? La question n'était pas sans difficulté; car le tribunal civil saisi d'une demande en séparation pour cause d'adultère peut, aux termes de l'article 308 du Code civil, prononcer une peine contre la femme. Sous quels rapports différaient donc les deux actions? La Cour de cassation les a expliqués dans un arrêt qui rejette l'application de la maxime : « *Attendu que l'exception de litispendance et la maxime *undâ viâ electâ, non datur recursus ad alteram* ne peuvent être invoquées qu'autant qu'il y a identité dans l'objet des deux actions et identité des parties qu'elles mettent en cause; que la demande reconventionnelle formée par de Vilieu, devant le tribunal correctionnel de Trévoux, avait pour objet la séparation de corps et la révocation des avantages matrimoniaux stipulés en faveur de sa femme par son contrat de mariage; que la dénonciation qu'il a faite ultérieurement devant le tribunal correctionnel de Bourges du délit d'adultère qui fait l'objet de cette dénonciation et la demande en dommages-intérêts qu'il a formée en même temps contre sa femme et son prétendu complice ont eu pour but de provoquer contre les prévenus l'application de la loi pénale et une condamnation à des dommages-intérêts; que ces deux actions n'avaient pas le même objet et qu'elles ne mettaient pas les mêmes parties en cause; que, par conséquent, il n'y a eu dans l'espèce de violation ni de l'exception de litispendance, ni de la maxime invoquée ¹.* »

Dans une deuxième espèce, un créancier avait opéré une saisie-arrest sur des valeurs appartenant à son débiteur, et, en demandant la validité de la saisie, conclu au paiement d'une somme à titre de restitution de valeurs que ce débiteur avait reçu mandat de toucher pour lui. Il forma ultérieurement une plainte en abus

¹ Cass. 22 juin 1850 (Bull., n° 203).

de confiance pour détournement des mêmes valeurs. Cette plainte était-elle recevable? Cette double demande n'avait-elle pas le même objet, la restitution des sommes reçues à titre de mandat? La Cour de cassation a décidé : « que la maxime *unâ viâ electâ* ne peut être invoquée que quand les deux demandes formées par la même personne, entre les mêmes parties, ont à la fois la même cause et le même objet; qu'en fait, l'instance portée par Silburn, cessionnaire de Chardin, devant le tribunal de première instance de la Seine, a pour point de départ une saisie-arrêt opérée sur les débiteurs de Delacourtie, mesure essentiellement conservatoire, à laquelle est attachée une procédure spéciale civile de sa nature; que si, dans la demande en validité de cette saisie, Silburn a conclu à la condamnation de Delacourtie au paiement de la somme de 23,000 francs, cette condamnation était alors réclamée à titre d'inexécution des conventions originaires intervenues entre Chardin et Delacourtie, et à titre de restitution des valeurs que ce dernier avait reçu mandat de toucher pour Chardin, tandis que l'instance correctionnelle introduite plus tard par Silburn est basée sur un fait nouveau, sur le détournement que Delacourtie aurait frauduleusement opéré de cette somme après sa réception, ce qui rentrerait dans l'application de l'article 408 du Code pénal; qu'elle tend d'abord au paiement, même par corps, des 23,000 francs à titre de réparation du délit, puis en outre à tels dommages-intérêts qu'il plaira au tribunal de fixer; qu'il n'y a donc pas identité de demandes¹. »

Dans une troisième espèce, un individu s'était engagé avec clause pénale à ne plus contrefaire certains moulages et les avait néanmoins contrefaits. De là deux actions, action en paiement de la clause pénale, action en contrefaçon. Ces deux actions avaient leur source dans le même fait, elles avaient la même cause, mais elles n'avaient pas le même objet : l'une ne demandait que le paiement de la clause stipulée, l'autre exigeait des dommages-intérêts à raison de la contrefaçon; le fait de cette contrefaçon n'était que l'événement de la convention, tandis qu'il était la cause principale de l'action correctionnelle. La Cour de cassation a jugé en conséquence « qu'il n'y avait pas lieu dans l'espèce à l'application de la maxime *unâ viâ electâ*, et qu'en rejetant la plainte en contrefaçon, par le seul motif que la même demande

¹ Cass. 13 août 1831 (Bull., n° 341).

général, ces plaintes et ces dénonciations ne sont point une base nécessaire des procédures criminelles ; il importe donc peu qu'elles soient régulières ou irrégulières, puisque les poursuites peuvent être exercées lors même qu'elles n'existent pas, pourvu d'ailleurs que ces poursuites aient été dirigées par les magistrats compétents. La Cour de cassation a jugé dans ce sens, sous l'empire de la loi du 7 pluviôse an IX : « qu'aucune disposition de la loi ne prononce la nullité d'une plainte, à défaut par les plaignants de l'avoir adressée, comme il est indiqué par l'article 3 de la loi du 7 pluviôse an IX, soit à un substitut du commissaire près le tribunal criminel, soit à un juge de paix, soit à un officier de gendarmerie, et n'autorise dans ce cas à priver le plaignant du droit de suivre son action personnelle devant le tribunal saisi de l'action publique ¹. »

Mais la solution doit-elle être la même dans les cas où l'exercice de l'action est subordonné à la plainte de la partie lésée ? Nous avons précédemment examiné cette question (n° 752).

1720. Les plaintes et dénonciations des vagabonds, gens sans aveu, et des personnes insolubles, doivent-elles être reçues ? Les anciens auteurs avaient posé à cet égard la règle suivante : « On doit rejeter les dénonciations des personnes viles, surtout quand elles se font contre des personnes illustres et élevées en dignité. Pareillement les vagabonds, ainsi que les gens sans aveu et mal famés, ne doivent point être écoutés dans leurs dénonciations, parce que ceux qui seraient calomnieusement accusés par ces personnes ne pourraient exercer contre elles leur recours en dommages-intérêts ². » Dans notre législation actuelle, il ne doit plus en être ainsi. Les officiers délégués par la loi pour recevoir les plaintes et les dénonciations doivent recevoir toutes celles qui leur sont présentées ; ils n'ont point à apprécier le degré de confiance que mérite le plaignant et les garanties qu'il apporte à l'appui de sa plainte. Il serait étrange que le droit de plainte, assurément le plus incontestable de tous les droits, pût être arbitrairement dénié à certains individus, sous le prétexte de leur indignité, comme si cette indignité les plaçait en dehors de la

¹ Arr. cass. 8 prair. an XI (Dev. et Car., tom. I, p. 807) ; 4 nov. 1853 (Bull., n° 528).

² Jousse, tom. II, p. 57.

protection de la justice et les condamnait à toutes les injures sans pouvoir en obtenir de réparations. Refuser de recevoir une plainte et de la rédiger conformément aux réquisitions des parties, ce serait un véritable déni de justice ; car ce serait fermer aux plaignants, qu'ils soient ou non fondés dans leurs griefs, l'accès même de la justice. Et, d'ailleurs, lors même que les plaintes et dénonciations seraient dénuées de fondement, serait-ce donc une raison de les rejeter ? Si elles provoquent l'action du ministère public, elles ne la mettent pas nécessairement en mouvement (n° 514), et l'examen préalable auquel elles sont soumises en prévient les inconvénients. Enfin, puisque les parties sont libres, en matière correctionnelle du moins, de saisir directement la justice par une citation, il est clair que la loi n'a pu avoir la pensée de soumettre la plainte à une condition qui n'eût pas pesé sur la citation. La disposition de l'article 63, qui porte que « toute personne qui se prétendra lésée par un crime ou un délit pourra en rendre plainte » est donc une règle absolue qui n'admet point de restriction.

Telle est au surplus la doctrine généralement suivie dans la pratique. L'instruction de M. Jacquinot-Pampelune à ses auxiliaires porte : « Je n'ai pas besoin de vous rappeler quelle est sous ce rapport l'importance de vos fonctions ; elles vous constituent intermédiaires entre le particulier qui se plaint et la justice qui doit statuer sur ses plaintes ; car vous devez regarder l'obligation de les recevoir comme une de celles qui sont plus rigoureusement imposées. » Et l'instruction ajoute : « Hors le cas où très-évidemment la dénonciation ou la plainte n'annoncerait aucun fait réputé par la loi crime, délit ou contravention, l'officier de police est tenu de la recevoir ; refuser serait un véritable déni de justice. S'il est douteux que les faits articulés constituent une infraction quelconque, c'est à la justice seule qu'il appartient de lever le doute. L'officier de police ne peut donc refuser de recevoir la plainte ou la dénonciation sous le prétexte que le caractère du fait est douteux : il le peut encore moins sous le prétexte que la preuve serait impossible. » Ainsi, la seule limite que cette instruction indique à l'obligation de recevoir les plaintes est le cas où le fait dénoncé ne constitue *très-évidemment* ni crime, ni délit, ni contravention ; dans ce cas, en effet, ce n'est plus une plainte qui est portée, puisque c'est le caractère punissable du fait

dommageable qui fait la plainte, et la compétence des officiers de police cesse d'exister. Mais dès qu'il peut s'élever un doute, il faut l'interpréter en faveur du droit de plainte, en faveur des parties lésées, et la plainte doit être reçue, sauf à être ultérieurement appréciée.

1721. Cette règle s'applique même aux cas où la plainte semblerait blesser certaines convenances ou soulever quelque scandale. Dans notre ancien droit, la jurisprudence, se fondant sur quelques distinctions de la loi romaine relatives au droit d'accusation¹, déniait le droit de plainte, dans certaines circonstances, au fils contre le père, à la femme contre le mari, aux frères et sœurs les uns contre les autres². Ces restrictions, justes au point de vue de la morale, ne le sont point au point de vue du droit. Le délit ne perd pas son caractère, sauf le cas prévu par l'article 380 Code pénal, parce qu'il a été commis par un parent envers un parent, et, par conséquent, la personne qu'il a lésée ne peut être privée, à raison du lien qui l'attache au prévenu, de son droit à une réparation. Que s'il est préférable que la plainte ne vienne pas produire au dehors les plaies secrètes de la famille, ce n'est point à l'officier de police à se constituer juge de sa convenance. La loi est générale, elle n'écarte personne.

1722. Quel serait le recours du plaignant contre l'officier qui refuserait de recevoir sa plainte? L'article 147 du Code du 3 brumaire an IV portait : « Toute personne qui a porté sa plainte ou dénonciation à un juge de paix peut, sur son refus constaté de délivrer un mandat soit d'amener, soit d'arrêt, soit de comparution, se présenter au directeur du jury. Dans ce cas, et dans tous ceux où le directeur du jury trouve que le juge de paix a mal à propos refusé de délivrer l'un ou l'autre mandat, il est tenu de le délivrer lui-même. » Dans notre législation, le plaignant peut soit se constituer partie au procès, soit porter sa plainte jusqu'au procureur général. Dans le premier cas, par la voie de la citation directe, aux termes de l'article 182, si le fait dommageable n'est qu'un simple délit, ou par sa constitution comme partie civile devant le juge d'instruction, aux termes de l'article 63, soit qu'il s'agisse d'un délit ou d'un crime, il peut mettre en mouvement

¹ L. 13 et 18, Cod. de his qui accus. non possunt.

² Jousse, tom. II, p. 57.

plaintes : « La plainte sera signée à chaque feuillet par l'officier de police ; elle sera également signée et affirmée par celui qui l'aura faite ou par son fondé de procuration spéciale ; il sera fait mention expresse de la signature de la partie ou de sa déclaration de ne pouvoir signer, à peine de nullité de la plainte. Les plaintes seront écrites de suite et sans aucun blanc, sur un registre tenu à cet effet ; la date y sera toujours exprimée ¹. » L'instruction du 29 septembre — 21 octobre 1791 expliquait avec autant de force que de clarté les motifs de ces formalités : « Le premier de ces actes est de constater les griefs de la partie qui se prétend lésée ; et, à cet effet, il faut que la partie remette sa plainte toute rédigée, ou qu'elle la rédige sous les yeux de l'officier de police, ou enfin que l'officier de police la rédige lui-même sous les yeux de la partie et sur l'exposé qu'elle le requiert de consigner dans ce procès-verbal. Une partie qui rend plainte ne peut se faire représenter à cet effet que par un fondé de procuration spéciale ; car l'action qui naît d'un délit commis envers nous ou envers les personnes dont la sûreté nous est aussi précieuse que celle de notre propre individu ne peut pas être confondue avec ces intérêts purement pécuniaires sur lesquels un fondé de procuration générale peut être autorisé à stipuler pour nous... Les faits consignés dans une plainte doivent l'être d'une manière authentique et à laquelle on ne puisse apporter aucun changement. C'est pourquoi la plainte doit être signée par la partie qui la rend, et afin qu'on n'en puisse pas altérer la teneur, cette signature doit être répétée à toutes les feuilles, lesquelles seront cotées et paraphées par le juge de police. Celui-ci doit également signer la plainte en toutes ses feuilles, la dater, et affirmer la vérité des faits y contenus ; il doit encore faire une mention expresse de la signature de la partie plaignante, ou du moins de sa déclaration qu'elle ne le peut ou ne le sait ; car la partie qui, pouvant signer, ne le voudrait pas, doit être considérée comme ne voulant pas rendre plainte. »

1725. Le Code d'instruction criminelle n'a fait que reproduire ces différentes règles. L'article 31 est ainsi conçu : « Les dénonciations seront rédigées par les dénonciateurs ou par leurs fondés de procuration spéciale, ou par le procureur impérial, s'il en est

¹ Tit. V, art. 3 et 4, et tit. VI, art. 5.

dices à la charge des prévenus; 4° les noms, professions et demeures des plaignants, des témoins, s'il en existe, et des contrevenants, s'ils sont connus. » Et il ajoutait : « Les plaintes et dénunciations relatives aux crimes et délits doivent être, s'il est possible, encore plus claires, plus précises, plus complètes que celles qui concernent les contraventions. En cas de délits correctionnels, je dois y trouver tous les renseignements nécessaires sur le fait, sur sa nature et sur ses circonstances, sur les noms, prénoms, professions et demeures des plaignants, prévenus et témoins, s'ils sont connus¹. »

1727. Lorsque la dénonciation ou la plainte a été rédigée par le dénonciateur, l'officier qui la reçoit doit se borner, en général, à la faire signer et à la signer lui-même. Cependant, s'il la juge insuffisante ou incomplète, il peut provoquer des explications ou des renseignements nouveaux, et le dénonciateur, soit pour obtempérer à ces observations, soit de lui-même, peut y faire opérer des additions ou des rectifications².

Si la dénonciation ou la plainte n'a pas été rédigée à l'avance, elle peut l'être sous les yeux de l'officier de police par la personne qui vient la déposer, ou, si cette personne se refuse ou est inhabile à l'écrire, l'officier de police doit, s'il en est requis, la rédiger lui-même sous les yeux de la partie et d'après l'exposé qu'elle lui fait³.

Le dénonciateur peut, s'il ne veut ou ne peut se présenter lui-même, se faire représenter par un fondé de pouvoir. Mais la loi exige dans ce cas, 1° que la procuration soit spéciale; 2° qu'elle demeure annexée à la dénonciation. La procuration n'est spéciale qu'autant qu'elle contient l'autorisation de dénoncer et la spécification du fait sur lequel la dénonciation doit porter. Elle doit suivre la dénonciation, puisqu'elle prouve le titre de celui qui l'a portée et qu'elle en fait dès lors en quelque sorte partie. L'instruction du 29 septembre 1791 a clairement expliqué le but de cette double formalité : « Une partie qui rend plainte ne peut se faire représenter à cet effet que par un fondé de procuration spéciale; car l'action qui naît d'un délit commis envers nous ou envers

¹ Instr. du procureur du roi de la Seine, p. 47.

² Duverger, n. 202.

³ Instr. du 29 sept. 1791.

s'il n'avait point agi : la plainte était anéantie ; mais, ce délai expiré, le plaignant était de plein droit réputé partie civile. La règle consacrée par l'article 66 est plus équitable : le plaignant n'est jamais engagé à son insu ; il demeure en dehors du procès, tant qu'il ne déclare pas la volonté d'y entrer, et cette déclaration doit être, suivant l'expression de la loi, formelle ; elle doit être consignée dans la plainte ou dans un acte subséquent, soit par des conclusions en dommages-intérêts, soit par la formule que le plaignant se porte partie civile.

1733. L'officier public qui reçoit la plainte doit-il provoquer le plaignant à se constituer partie civile ? M. Jacquinot-Pampelune le recommandait à ses auxiliaires : « Il convient, dans le plus grand nombre de cas, de faire au plaignant à cet égard une interpellation qui tend à décharger le trésor des frais de la procédure ¹. » L'officier de police n'a d'autre mission que de recevoir et de consigner dans son procès-verbal les déclarations des plaignants. Il ne lui appartient ni de diriger leurs actes, ni même de les éclairer ; tout son office est de constater la remise de la plainte ou la déclaration qui en tient lieu. Ensuite, l'intérêt du trésor, quelque important qu'il soit, n'est que secondaire en matière de justice criminelle ; l'intérêt qui doit prédominer, c'est celui de la justice elle-même, qui veut que les droits des parties soient strictement respectés. Or, le droit du plaignant est de ne prendre qualité que lorsque les constatations judiciaires lui ont permis d'apprécier si son action civile est fondée. Tout avertissement, toute interpellation qui l'amènerait, même indirectement, à se porter immédiatement partie, quand la loi lui a laissé les délais nécessaires pour délibérer à ce sujet, aurait pour conséquence d'enlever ou d'amoindrir une garantie légale ².

Il semble que la loi ait voulu que la partie lésée ne pût se constituer partie civile que devant le juge d'instruction. L'article 63 dit, en effet, que « toute personne qui se prétendra lésée par un crime ou délit *pourra en rendre plainte et se constituer partie civile devant le juge d'instruction* ; » et cette attribution du juge d'instruction n'est étendue à aucun autre officier de police. Il est probable que le législateur a pensé que l'interven-

¹ Instruction, p. 109.

² Conf. Duverger, n. 189.

tion de la loi. L'application de cette règle exige quelques précautions, et peut-être le décret, trop absolu dans ses termes, n'a-t-il pas porté assez loin sa prévoyance. L'article 160 exempte à la vérité de la consignation préalable la partie civile qui justifie de son indigence. Mais comment cette justification doit-elle être faite? L'article 159 répond que c'est dans la forme prescrite par l'article 420 du Code d'instruction criminelle. Il faut donc que la partie civile produise 1° un extrait du rôle des contributions constatant qu'elle paye moins de 6 francs, ou un certificat du percepteur de la commune portant qu'elle n'est point imposée; 2° un certificat d'indigence délivré par le maire de la commune de son domicile, visé par le sous-préfet et approuvé par le préfet du département. Or, ce mode de justification de l'indigence, établi pour dispenser de l'amende qui doit accompagner le pourvoi en cassation, peut-il sans inconvénient être étendu à la partie lésée par un délit qui porte plainte? N'est-il pas trop rigoureux, pour donner suite à sa plainte, d'exiger la preuve d'une indigence absolue et de soumettre cette preuve à des formes dont l'accomplissement est quelquefois difficile? On conçoit ces précautions quand il s'agit d'ouvrir aux parties une voie extraordinaire de recours dont la loi n'a pas voulu rendre l'accès trop facile; on ne les conçoit plus au premier degré de la juridiction, quand il s'agit simplement de la distribution de la justice à toutes les parties.

Le décret exige que la consignation soit effectuée *avant toute poursuite*. De là il suit que si la poursuite avait été commencée d'office par le ministère public, la partie civile qui se bornerait à cette procédure ne serait tenue à aucune consignation. La Cour de cassation a jugé dans ce sens « que l'article 160 a pour objet essentiel d'assujettir à la nécessité de la consignation de la somme présumée nécessaire pour les frais de la procédure les parties civiles dont la plainte aurait été le seul ou le principal mobile d'une action correctionnelle ou de police; que, dans l'espèce, les parties civiles n'ont demandé à intervenir qu'après l'audition des témoins et l'interrogatoire des prévenus, et que, par conséquent, la consignation ou le dépôt de la somme présumée nécessaire n'avait pas été requis *avant toute poursuite*; que, en outre, l'initiative des poursuites avait été prise par le ministère public; qu'à sa requête des mandats d'arrêt avaient été décernés, des citations données, des témoins entendus, des prévenus

1737. Après avoir parcouru toutes ces formalités, on doit se demander si elles sont nécessaires à la validité des dénonciations et des plaintes, et quel peut être l'effet de leur omission.

Il ne faut pas méconnaître l'importance des formes dont la loi a voulu entourer ces actes. Les dénonciations et les plaintes ont pour objet de mettre en mouvement l'action publique, et de placer un citoyen sous la prévention d'un crime ou d'un délit; on est donc fondé à exiger des personnes qui les portent volontairement quelques garanties qui, sans contrôler la vérité de leurs allégations, attestent du moins que ces allégations sont sérieuses et réfléchies; ces garanties sont les formes qui les revêtent d'une sorte d'authenticité. La loi a confié l'application de ces formes aux officiers qu'elle a délégués pour les recevoir : ils doivent tenir la main à ce que toutes les prescriptions légales soient observées; s'ils les rédigent eux-mêmes sur la déclaration verbale des parties, il ne peut exister aucune difficulté à cet égard; leur négligence dans la rédaction de leurs procès-verbaux donnerait lieu à l'application de l'article 280; s'ils reçoivent une plainte ou une dénonciation écrite, ils suppléent en quelque sorte à l'irrégularité de l'acte par le procès-verbal qu'ils dressent pour constater sa réception.

Mais, ces précautions prises, faut-il aller plus loin et déclarer que les plaintes qui ne seraient pas revêtues des formalités légales doivent être considérées comme non avenues? Cette question doit être examinée à un double point de vue. L'inobservation des formes prescrites par la loi ne peut, en général, avoir aucune influence sur la procédure. En effet, lorsque les plaintes ne forment pas, comme en matière de diffamation ou d'adultère, la base légale de la poursuite, ou lorsqu'elles ne sont pas suivies de l'exercice de l'action civile, elles n'enchaînent pas l'action publique et ne la mettent pas nécessairement en mouvement; elles ne font que lui fournir des indications que leurs irrégularités ne détruisent pas; ces irrégularités sont couvertes par le réquisitoire du ministère public qui donne à la poursuite sa base légale, quels que soient les vices de l'acte qui l'a provoquée. La nullité de la plainte, fût-elle encourue à raison de l'omission de quelque forme, n'aurait donc aucun effet sur l'action publique qui en est indépendante, et dès lors il n'y aurait pas d'intérêt à la faire prononcer.

tion dénnée de l'un de ces trois éléments n'est plus une dénonciation ; elle doit être considérée comme non avenue.

Il est facile, au reste, de dégager cette doctrine de la jurisprudence, quoique les arrêts qui l'ont consacrée, intervenus en matière de dénonciation calomnieuse, aient été peut-être motivés par la pensée d'atteindre la calomnie sous quelque forme qu'elle se voile. Un premier arrêt déclare : « En droit, que les formes prescrites par l'article 31 ne sont qu'accessoires à la dénonciation et non ses éléments constitutifs ; que, dans l'absence d'une disposition expresse qui attache à leur inobservation la peine de nullité, on doit s'en tenir au principe général qui n'admet, comme viciant un acte, que ce qui l'affecte dans sa substance, et qu'aux termes de l'article 373 du Code pénal, il suffit, pour donner à un écrit le caractère de dénonciation, qu'il soit spontanément adressé à des officiers de justice ou de police administrative ¹. » Un autre arrêt décide dans le même sens : « Qu'il n'est pas exact de dire qu'une plainte, pour n'être pas signée à toutes les pages et pour n'avoir pas été présentée par un procureur fondé qui n'y a pas annexé sa procuration, doive être considérée comme non avenue ². » Mais un troisième énonce une première réserve en déclarant : « Que s'il n'est pas absolument nécessaire que la dénonciation soit revêtue de toutes les formes exigées par l'article 31, il faut au moins qu'elle soit de nature à donner ouverture contre son auteur, dans le cas où il aurait agi de mauvaise foi, à une action en dénonciation calomnieuse et à l'application des peines établies pour ce dernier délit, c'est-à-dire, d'après l'article 373 du Code pénal, qu'elle soit faite par écrit ³. » Enfin, un quatrième arrêt formule une autre condition non moins importante, en disposant : « Que les formalités prescrites par l'article 31 ne sont pas substantielles et qu'elles n'ont pour objet que d'offrir à la justice et à celui-là même qui porte une dénonciation la garantie que cette dénonciation exprimera les faits tels que veut les articuler le dénonciateur, afin qu'ils ne présentent pas d'équivoque ; que c'est dans cette vue que cet article ordonne que la dénonciation sera rédigée par le dénonciateur ou par son fondé de procuration spéciale, ou par le procureur du roi, s'il en est requis ;

¹ Cass. 8 août 1833 (J. P., tom. XXVII, p. 540).

² Cass. 12 janv. 1809 (J. P., tom. VII, p. 311).

³ Cass. 8 déc. 1837 (Dev. et Carr., 1838, I, 382).

gnant puisse, par sa seule volonté, enlever au prévenu le jugement d'une juridiction et reproduire ensuite la même action lorsqu'il trouvera des chances plus favorables à sa demande. Mais cette considération ne suffirait pas pour ôter à cette partie un droit que la loi lui aurait accordé; ce qu'il faut donc examiner, c'est si ce droit survit au désistement.

En matière civile, le désistement a pour effet d'anéantir l'instance, mais il laisse subsister l'action; il remet les choses de part et d'autre dans le même état où elles étaient avant la demande; il n'opère donc aucune fin de non-recevoir contre une demande nouvelle; le droit d'agir en justice subsiste toujours. Mais ce désistement est l'œuvre des deux parties; c'est un contrat judiciaire qui se forme entre elles; il faut, aux termes des articles 402 et 403 du Code de procédure civile, qu'il soit formellement accepté par le défendeur, ou qu'il soit sanctionné par la justice. Est-ce là le caractère du désistement en matière criminelle? Est-il soumis à l'acceptation du prévenu? Celui-ci a-t-il le droit de s'y opposer? Le désistement de la partie civile est l'œuvre de sa seule volonté; il ne constitue point, comme le dit par erreur M. Mangin ¹, un contrat judiciaire entre cette partie et le prévenu; la loi ne demande aucun concours, aucune adhésion de ce dernier; l'acte est régulier, par cela seul qu'il émane du plaignant et qu'il a été régulièrement signifié. Or, comment admettre que deux actes aussi dissemblables puissent produire le même effet, que le désistement que le défendeur peut discuter, auquel il peut s'opposer ou adhérer, amène exactement le même résultat que le désistement qu'une partie fait à l'insu de l'autre, peut-être contre son gré et contre ses intérêts? Si la loi n'a pas voulu qu'en matière civile une des parties pût être surprise par un désistement qui lui enlèverait le bénéfice de la juridiction saisie, comment autoriserait-elle ce désistement en matière criminelle, sans que le prévenu pût le débattre et défendre ses intérêts, s'il n'avait pas des conséquences différentes? Il importe peu que l'article 67 ait déclaré que le plaignant peut intervenir *en tout état de cause jusqu'à la clôture du débat*; car cet article, qui n'a pour objet que de fixer le terme de cette intervention, n'a nullement prévu que le plaignant pût ressaisir la juridiction qu'il a dessaisie, et, dans le même débat, abdiquer ou reprendre la qualité de partie

¹ De l'instr. écrite, tom. I, 112.

aura lieu à l'égard de ceux qui ne se seront pas rendus parties, si leurs plaintes sont jugées calomnieuses. »

Il est évident que cette législation allait plus avant que la loi romaine : ce n'était plus seulement la dénonciation calomnieuse ou vexatoire qu'elle incriminait, c'était la dénonciation téméraire, erronée ou mal fondée ; c'était la simple faute d'une partie qui porté une accusation avec précipitation ou légèreté. Néanmoins, les anciens légistes, imbus des textes des lois romaines et les amalgamant avec ceux des ordonnances, avaient posé quelques règles qui tendaient sans cesse à restreindre cette responsabilité. Ils distinguaient la dénonciation *calomnieuse*, la dénonciation *téméraire* et la dénonciation *fondée sur une erreur juste*. La dénonciation calomnieuse, qui avait pour élément nécessaire la fraude et l'intention de nuire, constituait un crime passible d'une peine afflictive. La dénonciation téméraire, exempte de fraude, mais entreprise sans intérêt et sans aucun soupçon raisonnable, témoignait de l'imprudence de son auteur et pouvait lui faire encourir une condamnation à des dommages-intérêts. Enfin, la dénonciation fondée sur une erreur juste était celle qui était justifiée par la bonne foi du dénonciateur, par le préjudice qu'il avait souffert et par quelques présomptions : elle n'était passible d'aucune peine, soit afflictive, soit pécuniaire ¹.

Mais quelles dénonciations étaient réputées téméraires, quelles étaient fondées sur une erreur juste ? C'est sur ce point que les distinctions s'étaient multipliées. Le dénonciateur était déchargé de toute action en dommages-intérêts, toutes les fois qu'il avait eu une cause légitime de dénoncer ², et cette cause légitime était considérée comme existante, 1° lorsque le dénonciateur avait produit un seul témoin, lors même que ce témoin, après lui avoir promis son témoignage contre le prévenu, ne l'avait pas donné ³ ;

¹ Hipp. de Marsiliis, in proc. crim., § Superest, n. 10 ; Farinacius, quest. 16 ; Covarruvias, quest. 27 ; Seb. Guazzinus, Def. cap. XIII ; Julius Clarus, quest. 7 ; Jousse, tom. III, p. 193 ; Muyart de Vouglans, Inst. crim., p. 191 ; Serpillon, tom. I, p. 409.

² Guazzinus, Def. 3, cap. 13, n. 56 et 57 ; Farinacius, quest. 16, n. 13 et 73 ; Boïardus, in Julius Clarus, quest. 62, n. 22 ; Covarruvias, Pract. quest. c. 27.

³ Marsiliis, § Constanti, n. 97 ; Mascardus, De probat. concl. 25 ; Farinacius, quest. 16, n. 51 et 61 ; J. Clarus, quest. 62, n. 8 ; Menochius, cas. 172, n° 9, et cas. 321, n. 19.

dans l'article 358, a-t-elle eu pour effet de restreindre son application à la dénonciation réellement calomnieuse? Il serait impossible de le soutenir.

Il y a lieu de remarquer, en premier lieu, que l'article 358 établit un double recours en faveur de l'accusé acquitté, d'abord contre la partie civile, ensuite contre ses dénonciateurs. Le deuxième paragraphe porte en effet : « La Cour statuera sur les dommages-intérêts *respectivement prétendus*, après que les parties auront proposé leurs fins de non-recevoir ou leurs défenses et que le procureur général aura été entendu. » Il est évident que les dommages-intérêts *respectivement prétendus par les parties* sont ceux qui sont réclamés soit par la partie civile contre le prévenu, soit par le prévenu contre la partie civile. Le troisième paragraphe ajoute ensuite : « L'accusé acquitté pourra aussi obtenir des dommages-intérêts *contre ses dénonciateurs*. » C'est donc un second recours ouvert à l'accusé, non plus contre la partie civile, mais contre ses dénonciateurs, et l'article 359 confirme cette distinction : « Les demandes en dommages-intérêts formées par l'accusé *contre ses dénonciateurs ou la partie civile* seront portées à la cour d'assises. » Il résulte de ces textes que la demande en dommages-intérêts formée par l'accusé acquitté contre la partie civile elle-même n'est soumise à aucune condition légale, à aucune restriction quelconque : la loi s'en est référée aux règles générales de la responsabilité, et elle a abandonné aux juges le pouvoir d'appliquer ces règles en appréciant la nature du dommage et la quotité de la réparation.

Ce n'est qu'en ce qui concerne l'action de l'accusé contre ses dénonciateurs que la loi a ajouté qu'il pourrait obtenir des dommages-intérêts contre eux *pour fait de calomnie*. Cette addition, on vient de le voir, était destinée dans la pensée du conseil d'État à restreindre cette action au cas où la dénonciation serait empreinte de mauvaise foi. Les dénonciateurs, en effet, ne sont pas parties au procès comme la partie civile; leur intervention se borne au dépôt de leur dénonciation entre les mains d'un officier public; il paraît donc naturel que leur responsabilité soit moins étendue que celle d'une partie qui a mis l'action publique en mouvement et qui participe aux actes de l'instruction. Toutefois, si telle a été l'intention des rédacteurs du Code, il ne nous semble pas qu'elle ait été suffisamment formulée.

imprudence. Telle est la règle générale : pour qu'il y ait responsabilité, il suffit qu'il y ait faute. Le délit peut l'aggraver, il n'en est pas la condition nécessaire; la seule condition de la responsabilité est que le fait dommageable soit imputable à son auteur¹. Or, parmi les faits imputables, en est-il de plus grave que l'acte qui fait planer une fausse accusation sur une personne innocente et la livre à une poursuite judiciaire? Comment prétendre que celui qui dénonce des faits sans les avoir vérifiés et qui les impute à un tiers, même sans intention de calomnier, mais sans rechercher préalablement la vérité de cette imputation, n'est pas responsable d'une dénonciation aussi téméraire? La loi a formellement accepté cette conséquence d'un principe qui s'applique à tous les actes humains et auquel elle n'a voulu apporter aucune limite. Elle a nettement déclaré, en effet, que l'accusé acquitté peut obtenir des dommages-intérêts, non *pour délit*, mais simplement *pour fait de calomnie*; elle a donc voulu attacher la réparation civile, non-seulement au délit, mais au fait calomnieux qui peut en avoir la gravité matérielle sans en prendre le caractère pénal; elle a voulu atteindre la dénonciation dont la fausseté, sans être passible d'une mesure pénale, peut néanmoins être imputée au dénonciateur; elle a voulu enfin non-seulement réparer le mal causé par le délit, mais aussi les conséquences non moins graves quelquefois d'une imputation hasardée, faite sans intention de nuire mais avec légèreté, et qui, sans avoir la criminalité de la calomnie, produit le même effet.

1751. La jurisprudence n'est nullement contraire à cette doctrine. Un premier arrêt du 30 décembre 1813 distingue la dénonciation calomnieuse et la dénonciation téméraire, mais les soumet l'une et l'autre à la responsabilité civile. Cet arrêt porte « que la demande en dommages-intérêts formée par les accusés acquittés se réfère à une dénonciation juridique faite aux officiers de justice; qu'elle se rattache donc à l'article 373 du Code pénal; que si, par une dérogation au droit commun, les cours d'assises sont autorisées à prononcer sur les demandes en dommages-intérêts qui ont leur base dans les dénonciations judiciaires, elles ne peuvent prononcer de condamnation que lorsque, conformément à l'article 373, la dénonciation juridique a été calomnieuse, à

¹ L. 5, § 2, 20, 54 et 52, § 1, Dig. ad legem Aquiliam.

ciation n'est accompagnée d'aucun indice, si le fait a été recueilli à une source impure et dénoncé avec précipitation, si l'imputation est hasardée et ne se fonde sur aucune présomption raisonnable; *in hac actione et dolus et culpa punitur*¹. La faute suppose une participation indirecte de la volonté de l'agent à l'erreur, soit en ce qu'il n'a pas voulu employer les moyens qu'il avait à sa disposition pour s'éclairer, soit en ce qu'il a agi sous l'influence d'une passion quelconque qui l'a égaré, soit enfin en ce qu'il a été nu par un autre intérêt que l'intérêt de la vérité; tel est celui qui dénonce des faits dont il n'a été ni le témoin ni la victime, et dont il n'a qu'une connaissance imparfaite, ou qui, sur la foi d'un bruit vague, formule une imputation personnelle, ou qui, d'une conjecture faisant une certitude, affirme quand il y a à peine un indice, accuse quand le doute seul est permis, ou enfin qui, dans l'exposé des circonstances, leur imprime un caractère mensonger, soit en exagérant leur importance, soit en supposant des détails inexacts. Cet agent peut être de bonne foi en ce sens qu'il n'a pas l'intention de calomnier; mais il a le tort grave d'induire la justice en erreur par des assertions irréfutables, téméraires et quelquefois volontairement inexacts. Ce n'est plus là user du droit de plainte, c'est en abuser au détriment de la justice et d'autrui. Ce n'est plus là commettre une faute légère que l'intérêt général de la répression des délits peut faire excuser, c'est tomber dans une faute lourde qui doit d'autant plus peser sur l'agent, qu'il n'a subi aucun entraînement légitime et que les conséquences en sont terribles. La dénonciation est l'un des actes les plus préjudiciables qui puissent atteindre un citoyen, puisqu'elle le blesse dans sa réputation, dans sa position sociale, dans ses intérêts les plus précieux. S'il importe de laisser au droit de dénonciation une certaine latitude, parce qu'il est un auxiliaire utile de l'action publique, il ne faut pas qu'il devienne un instrument des mauvaises passions qui prendraient le prétexte de quelque erreur. A côté des droits de la justice se trouvent ceux de la liberté civile; or le plus sûr fondement des uns et des autres est une sage responsabilité qui n'apporte aucune entrave, qui n'impose même aucune condition aux dénonciations et aux plaintes, mais qui puisse les défendre contre les allégations hasardées et les téméraires imputations; qui ne

¹ Paul., l. 30, § 3, Dig. ad leg. Aquiliam.

pression : *si tuendi duntaxat non etiam ulciscendi causâ factum sit*¹.

Le deuxième fait d'atténuation est le fait même de la procédure instruite à la suite de la dénonciation. Le dénonciateur, en effet, peut-il encore être responsable lorsque le ministère public a requis une instruction, lorsque cette instruction a fourni des indices graves, lorsque la chambre du conseil a prononcé la mise en prévention? On a vu précédemment qu'il suffisait dans notre ancien droit que l'accusé eût été soumis à la question préparatoire, pour que le plaignant fût excusable de l'erreur de la plainte parce que la question ne pouvait être ordonnée que sur les indices les plus graves. C'est par le même motif que tout jugement de condamnation doit absoudre le dénonciateur, parce que, s'il s'est trompé, le jugement, en sanctionnant son erreur, prouve qu'elle était plausible. La discussion du conseil d'État, qui a été rapportée plus haut, atteste également que cette excuse avait frappé les esprits : « Comment, disait l'archichancelier, punir le particulier qui dénonce une erreur que l'autorité publique a partagée avec lui? » Et M. Target répétait : « L'erreur ne saurait donner un motif de recours dans nos formes actuelles; car elle aurait été partagée non-seulement par le magistrat de sûreté, mais encore par le jury d'accusation. » Cet argument suffit-il pour détruire la responsabilité du dénonciateur? Que la poursuite exercée par le ministère public, que l'ordonnance de mise en prévention intervenue à la suite de l'instruction établissent en faveur de la dénonciation la présomption qu'elle était fondée sur des indices graves, on doit assurément l'admettre. En général, la plainte qui traverse l'épreuve de l'instruction préalable ne saurait être considérée comme ayant été formée légèrement; mais ce n'est là qu'une présomption qui doit céder toutes les fois qu'elle n'est pas confirmée par les faits. Sans doute cette plainte est protégée, quoique légèrement faite, par une condamnation ultérieurement prononcée, et dont elle a été le premier élément; mais, lorsque le résultat de la poursuite a démontré son erreur, n'y a-t-il pas lieu d'examiner s'il ne faut pas faire remonter cette erreur à ce premier acte de la procédure, si elle a été sérieusement portée, si elle énonçait les indices qui ont

¹ L. 45, §, Dig. ad legem Aquiliam. Et conf. Arr. cass. 25 oct. 1816 (J. P., tom. XIII, p. 651).

recours? De ce qu'ils sont tenus de donner avis des crimes dont ils acquièrent la connaissance dans leurs fonctions, s'ensuit-il qu'ils ne doivent pas répondre de l'exagération des faits, des suppositions inexactes, des imputations téméraires qu'ils ont glissées dans ces avis?

Il faut décider, à plus forte raison, que les fonctionnaires peuvent être poursuivis, non plus par la voie de la prise à partie, mais par la voie correctionnelle, lorsque l'avis qu'ils ont transmis a les caractères d'une dénonciation calomnieuse. Ce point a été reconnu par deux arrêts des 12 mai et 22 décembre 1827. Le premier de ces arrêts porte, « que l'article 358 ne se rapporte qu'aux réparations civiles que l'accusé acquitté peut réclamer contre ses dénonciateurs; que s'il décide qu'il ne pourra en obtenir contre les membres des autorités constituées, à raison des avis qu'ils sont tenus de donner concernant les délits dont ils ont cru acquérir la connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, sauf contre eux la demande en prise à partie, s'il y a lieu, cette disposition n'exclut pas la voie de la plainte, et n'interdit point à la partie publique le devoir de se pourvoir au nom de la société, dans le cas où les dénonciations faites par des membres des autorités constituées seraient calomnieuses, dans le sens de l'article 373 du Code pénal; que les expressions de ce dernier article sont générales et ne permettent aucune exception ¹. » Le second arrêt ajoute, « que la loi n'a point posé en principe que les fonctionnaires publics pourraient avec impunité dénoncer fausement et méchamment; qu'une telle règle aurait été immorale et dangereuse; que, bien loin de protéger la considération des fonctionnaires publics en comprimant les plaintes, on les aurait livrés à des soupçons dont ils n'auraient pu se défendre; qu'en les obligeant, au contraire, à répondre de leurs dénonciations contre les autres citoyens, le silence de toute réclamation apprend qu'ils sont sans reproche ² ».

1755. La responsabilité s'étend-elle à la partie civile intervenante dans l'instance introduite à la requête du ministère public? Il faut répondre négativement, si cette partie n'a point originellement porté plainte, si elle n'a point provoqué la poursuite, si

¹ Arr. cass. 12 mai 1827 (J. P., tom. XXI, p. 435).

² Arr. cass. 22 déc. 1827 (J. P., tom. XXI, p. 932).

naissances, les erreurs qui forment la plus grande part de ce qu'il appelle la science. Cette pauvre certitude incertaine de l'esprit humain, suivant l'expression de Voltaire ¹, n'est souvent que l'effet d'un mouvement irréfléchi, des préventions et des ignorances qui enveloppent l'intelligence, des illusions qui la trompent, des préjugés qui l'égarent. Chaque homme, suivant sa propre expérience, suivant la mesure différente de ses lumières et sa position sociale, suivant le milieu où il a vécu et les idées dont il est imbu, apporte dans l'appréciation des choses des dispositions diverses, et puise sa conviction dans les motifs les plus opposés. Il ne faut donc pas confondre les idées des faits qui viennent se refléter en nous-mêmes et la réalité même de ces faits. La vérité ou la fausseté est dans la proposition; la certitude ou l'incertitude est dans l'esprit.

Et cependant tel est le fondement unique de la justice humaine. Il n'est pas donné à l'homme d'atteindre la certitude absolue; il doit se contenter d'une certitude relative, qui ne lui arrive qu'à travers toutes les passions et toutes les impuissances qui l'agitent et le compriment. Mais il lui appartient, du moins, soutenu qu'il est par l'idée de la vérité qui est en lui, de réagir, autant qu'il le peut, contre les causes d'erreur qu'il trouve, soit en lui-même, soit dans les faits extérieurs.

1760. Quoique la certitude soit une en elle-même et ne comporte pas de degrés relativement à l'esprit qui la conçoit, il est possible néanmoins d'en distinguer plusieurs espèces relativement aux causes qui la produisent. Il y a la certitude intuitive, quand une proposition saisit l'esprit par son évidence même; et la certitude que produit l'induction, quand les choses n'arrivent à l'évidence que par suite d'une démonstration. La certitude raisonnée est mathématique, quand elle est le résultat d'une démonstration rigoureusement exacte, et morale, quand elle repose, soit sur l'appréciation de faits qui n'ont pas passé sous nos yeux, soit sur la déduction des lois et des idées généralement admises par la conscience humaine.

Or, la certitude morale que Filangieri définit : « la disposition d'esprit d'un homme assuré de la vérité d'une proposition relative à l'existence d'un fait qui ne s'est pas passé sous ses yeux »,

¹ Dict. philos., v° *Certitude*.

Ce sont ces vraisemblances qui prennent la place du vrai, ces simples perceptions qui ne représentent à l'esprit que les choses et non leurs rapports, toutes ces raisons imparfaites et confuses qui n'expliquent un fait qu'à demi, qu'il faut débattre avec la plus ferme attention et faire passer au creuset de l'examen le plus sérieux. La certitude judiciaire ne doit pas précéder la discussion, elle ne doit que la suivre.

1761. Il suit de là que plusieurs conditions sont essentielles à l'existence de cette certitude ¹. Ces conditions sont : 1° La vérification attentive du fait et de toutes ses circonstances; cette vérification comprend la constatation du corps du délit, l'examen des lieux, la recherche de tous les indices, même les plus légers, de tous les renseignements, même les plus accessoires, relatifs au caractère du fait, à la moralité du prévenu, à celle des témoins. « S'il restait l'ombre d'un doute, dit M. Mittermaier, il n'y aurait pas de certitude possible pour le juge ². » 2° L'examen de toutes les hypothèses qui pourraient expliquer le fait incriminé. « La certitude, dit encore M. Mittermaier, veut qu'un effort sérieux et impartial la précède, approfondissant et écartant les moyens qui tendraient à faire admettre la solution contraire. Celui qui désire la conquérir ne ferme jamais la porte au doute; il s'arrête à tous les indices qui pourraient l'y conduire, et c'est quand il l'a complètement fait disparaître que sa décision devient irrévocable ³. » Voltaire avait déjà dit : « Il n'y a nulle certitude, dès qu'il est physiquement ou moralement possible que la chose soit autrement. Quoi! il faut une démonstration pour oser assurer que la surface d'une sphère est égale à quatre fois l'aire de son grand cercle, et il n'en faudra pas pour arracher la vie à un citoyen par un supplice affreux ⁴! » 3° La démonstration de la vérité du fait par des motifs concluants. Cette démonstration, qui résume la vérification des faits et l'examen des différentes hypothèses que présente la cause, discute et écarte tous les doutes, pèse et apprécie toutes les raisons qui doivent fonder la conviction; elle ne forme pas la certitude, elle la motive; elle la soumet au contrôle d'une

¹ Traité de la preuve, p. 77.

² *Ibid.*, p. 78.

³ *Ibid.*, p. 77.

⁴ Dict. philos., v° *Certitude*.

§ II. *Système des preuves dans la législation.*

1764. La théorie des preuves a varié suivant les mœurs, les coutumes et les lumières des peuples.

A Rome, les changements successifs des juridictions n'exercèrent qu'une médiocre influence sur le principe de la législation. Ce principe était que la preuve, quelle que fût sa nature, ne liait pas strictement le juge, et n'avait qu'une force morale qu'il pouvait apprécier.

Il est vrai que, dans les premiers siècles de la République, les jugements populaires étaient, d'une manière plus absolue, libres de toutes règles en cette matière; c'était la conviction, ou plutôt la volonté suprême du peuple qui prononçait¹. Il est vrai encore que certaines règles commencèrent à se produire à l'époque des *quæstiones perpetuæ*; on distingua les preuves écrites, les témoignages et la torture; on assigna à la production de ces preuves des conditions et des formes que nous avons exposées précédemment (n° 46 et suiv.). Enfin, il faut ajouter que sous l'Empire, où la procédure écrite commença de prendre quelque développement (n° 81), ces formes et ces conditions acquirent plus de précision et de prévoyance. Mais ces règles, qui avaient principalement trait à l'appréciation de la valeur des témoignages, et qui seront pour la plupart reproduites dans ce livre, ne touchaient point aux effets mêmes des preuves : le juge, quel que fût le nombre des témoins, demeurait libre d'apprécier leurs dépositions et d'exprimer la conviction qu'ils avaient laissée en lui-même. Cicéron pose nettement ce pouvoir : *Potest igitur testibus judex non credere? Cupidis, et iratis, et conjurotis, et ab religione remotis, non solum potest, sed etiam debet*². Cette règle est reproduite dans le Digeste : *Confirmabit judex motum animi sui ex argumentis et testimoniis, et quæ rei aptiora, et vero proximiora esse compererit : non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potens lux veritatis adsistit*³.

On a cru apercevoir quelques traces d'une preuve légale, d'abord, dans les témoignages obtenus par la torture, ensuite,

¹ Conf. M. Mittermaier, p. 10.

² Lib. I, in Verrem, cap. 35.

³ Arcadius, liv. 21, § 3, Dig., De testibus.

dans quelques textes qui énoncent les conditions d'une preuve valide. Mais la loi elle-même affirmait la fragilité des aveux arrachés par cet exécrable moyen : *Quæstioni fidem non semper, nec tamen nunquam, habendam, constitutionibus declaratur; etenim res fragilis est et periculosa et quæ veritatem fallat*¹. Le juge devait donc nécessairement avoir la faculté d'en apprécier les résultats, et la même loi le reconnaît en termes formels : *Causâ cognitâ, habenda fides an non habenda*². Quant aux textes qui sembleraient indiquer une preuve légale, le principal est le suivant : *Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita*³. Or, quel est le sens de cette loi? On y trouve un excellent précepte pour les accusateurs, la condition qui leur est prescrite d'appuyer leur accusation d'une preuve complète; mais on n'y voit nullement que les témoins, même les plus idoines, que les documents, même les plus décisifs, que les indices, même les plus clairs, enchaîneront l'appréciation du juge et lui imposeront son jugement.

Il faut conclure que la législation romaine n'offre point un système de preuves; qu'elle ne contient surtout aucune trace d'une preuve légale; que ses textes renferment seulement des préceptes utiles sur le choix des témoins et la foi qui peut être accordée à leurs dépositions; mais que le juge n'avait d'autre règle, quels que fussent les moyens d'instruction employés devant lui, que de suivre sa conviction.

1765. A l'époque mérovingienne, et jusqu'au huitième siècle, les preuves admises par les justices de France furent la preuve par témoins, le serment et les épreuves. Nous ne reproduirons pas les détails que nous avons donnés sur ces institutions (n° 123). Nous avons constaté qu'il existait deux sortes de témoins : les témoins proprement dits, qui attestaient ce qu'ils avaient vu et entendu, et ceux qui, par leur serment, *juratores, conjuratores*, attestaient la véracité d'une des parties. Ces derniers n'étaient point, à proprement parler, des témoins; ils intervenaient comme une conséquence de la preuve par le serment. Dans

¹ et ² Ulp., l. 1, § 23 et 25, Dig., De quæstionibus.

³ Grat. Valent. et Theod., l. 25, Cod., De probationibus.

l'écrit constatait le corps du délit, et ne permettait que des inductions, suivant qu'il émanait de l'accusé ou d'un tiers, etc. La preuve *testimoniale*, féconde en difficultés, était soumise à des règles multipliées soit sur l'idonéité des témoins, soit sur les conditions de la validité de leurs dépositions : elle n'avait de force légale qu'autant que les témoins n'étaient l'objet d'aucuns reproches, que leurs déclarations étaient concluantes, concordantes entre elles et juridiques. Enfin, la preuve *conjecturale*, qui se tirait des indices, signes, adminicules et présomptions, ouvrait le plus vaste champ aux subtilités doctrinales : les indices, déduits de chaque espèce de crimes, étaient, en général, *violents*, *graves* ou *légers*. Plusieurs indices légers formaient un indice grave ; un indice grave valait à peu près une demi-preuve ; deux indices graves équivalaient à un indice violent ; un indice violent suffisait pour l'application de la torture ; plusieurs indices de cette espèce suffisaient à la condamnation définitive. Au surplus, toutes ces combinaisons systématiques des faits probants, dont nous ne faisons ici que rappeler quelques traits, ont été précédemment exposées par nous dans leurs principaux détails. (Voy. n^{os} 357 et suiv.)

1768. Cette savante et périlleuse théorie des preuves légales, péniblement élaborée par la science subtile et étroite des criminalistes du seizième et du dix-septième siècle, ne put résister au souffle philosophique du dix-huitième. Beccaria commença par poser en principe que la certitude essentiellement requis en matière pénale, ne peut être renfermée dans les règles d'une preuve scientifique¹. Filangieri démontra plus tard que cette certitude ne peut résider que dans la conscience du juge² ; ce principe, qui substituait à l'édifice des faits probants la conviction du juge, à la preuve juridique la preuve morale, devint la base de la réforme de nos lois criminelles.

L'Assemblée constituante fut saisie de la question par le rapport que fit M. Duport, à la séance du 26 décembre 1790, au nom des comités de constitution et de jurisprudence criminelle. Le projet proposait de supprimer devant le jury toute preuve écrite, et de ne donner à sa déclaration d'autre fondement que sa conviction intime fondée sur le débat oral. Nous croyons utile de

¹ Des délits et des peines, chap. VII et VIII.

² Science de la législation, liv. III, chap. 15.

distincte à mesure que son intelligence s'éclaire, que ses facultés s'affermissent, se manifeste avec évidence aussitôt que, s'étudiant lui-même, il interroge le sentiment intime qui est en lui et qu'il nomme la conscience. La conscience a été définie avec justesse : une espèce de tact qui, dans chaque circonstance, fait sentir le caractère bon ou mauvais des actions ¹. C'est une perception de l'ordre moral incomplète, mais suffisante néanmoins pour servir de guide; une lumière intérieure qui se projette sur tous les faits de la vie, un juge qui apprécie toutes les actions et les approuve ou les blâme : *conscientia est animi nostri interior scientia, tacitumque judicium à communi justitiæ formulâ in nobis à Deo insitâ, bonum à malo dijudicans* ². Elle se révèle surtout dans les jugements qu'elle rend hors de nous-mêmes et sur les actions d'autrui. Dégagée alors des préoccupations de l'intérêt personnel, libre des passions qui obscurcissent souvent sa vue, elle se fait entendre avec plus de force, elle proclame ses jugements avec plus de netteté, et c'est alors qu'on doit dire avec un vieil auteur : *Fors conscientiæ est fors veræ justitiæ* ³.

Tout homme porte donc en soi un secret instinct de la beauté morale, de la vertu, du bien; il s'incline au fond de son âme devant ces idées et leur rend hommage. Il trouve à la fois en lui-même un amour naturel de la vérité, il la recherche en toutes choses, il fait des efforts pour la pénétrer, il est satisfait quand il croit l'avoir reconnue. Que si quelques-uns, emportés par leurs passions ou par leurs besoins, refoulent ces purs instincts et se livrent au désordre ou semblent se plaire dans l'erreur, c'est que les êtres libres dont l'intelligence est finie sont sujets à s'égarer; mais les aberrations de la raison sont-elles un motif de nier la raison? Parce qu'un sentiment naturel a été perverti, s'ensuit-il qu'il n'existe pas? La conscience peut être obscurcie ou corrompue comme toutes les facultés humaines; mais quand elle se développe librement, quand elle s'applique surtout à des actes qui n'intéressent pas directement l'homme qui en ressent les mouvements, ses jugements instinctifs ne sont jamais désavoués par la raison.

¹ Jouffroy, Droit naturel, tom. I, l. 2.

² Decianus, Tract. crim., cap. XII, n. 1.

³ *Ibid.*, cap. XII, n. 3.

1772. C'est là la garantie la plus sûre de la justice. Le juge a pour lumière la loi morale et pour guide sa propre conscience. Y a-t-il lieu de craindre que cette lumière ne vacille, que son sentiment intime ne dévie de la vérité? Il n'est appelé à prononcer que sur des faits qui lui sont étrangers, où ni ses passions ni ses intérêts ne se trouvent mêlés, qui sont placés en dehors de sa vie; il peut donc se livrer librement au mouvement instinctif qui l'entraîne vers ce qui est bien, il peut donc suivre les secrètes tendances qui l'attirent vers la vérité. La conviction qu'il acquiert est donc la plus forte qu'il soit donné à l'homme de ressentir.

Enfin le juge trouve un appui dont il ne faut point méconnaître la force dans le sentiment du devoir que sa fonction lui impose. Cet instinct naturel qui fait incliner tous les hommes vers la vérité, se fortifie chez lui par l'obligation même où il est de la chercher. N'est-il pas juste d'admettre que sa conscience, plus sévère, plus exigeante que celle d'un homme qui n'a pas le même lien, doit être aussi plus puissante pour percevoir la vérité? Que, mieux placé pour observer les faits, plus exercé à diriger ses investigations, déployant plus d'efforts, il doit plus souvent l'atteindre? N'y a-t-il pas lieu de penser que, soutenu dans sa difficile tâche par la solennité des preuves qui l'environnent, par la publicité qui éclaire ses actes, par la multiplicité des moyens d'instruction dont il dispose, par l'importance même des intérêts sur lesquels il prononce, il semble suffisamment armé contre toutes les erreurs?

Nous arrivons donc à ce premier résultat, que deux causes générales agissent sur les déterminations du juge : l'amour de la vérité, inné chez l'homme, et le devoir de la constater, que sa fonction lui commande. C'est sous l'influence de ces deux lois qu'il recueille dans tous les éléments que la procédure écrite et la procédure orale placent sous ses yeux cette preuve morale, qui ne peut être ni prévue ni définie par la loi, qui n'a point de base fixe, point de règles précises, et qui seule, entre toutes les preuves, peut conduire à la certitude.

1773. Nous touchons maintenant une seconde face de la question. Cette preuve morale est-elle une base suffisante des jugements? Suffit-il à la loi que le juge, dans la recherche de la vérité, trouve en lui-même une puissance instinctive qui le guide?

Ne doit-elle pas lui demander compte de sa conviction, lui tracer des règles fixes qui doivent la diriger, la soumettre à des motifs fixes et déterminés? En un mot, à la preuve morale, n'y a-t-il pas lieu de préférer une réglementation légale de la preuve?

Une première observation doit prendre place ici. Nous ne confondons nullement la preuve légale que nous avons décrite dans notre ancien droit, avec celle qui vit encore dans les législations de l'Allemagne, et qui a été récemment expliquée et soutenue par M. Carmignani¹ et M. Mittermaier². Il est certain que le droit commun allemand a peu à peu dégagé le principe de ses conséquences les plus périlleuses, et que les règles qui enveloppent les preuves aujourd'hui semblent plutôt destinées à sauvegarder l'accusé des erreurs du juge qu'à guider sûrement celui-ci dans la recherche de la vérité³. Il ne faut pas perdre de vue, d'ailleurs, que l'Allemagne n'a pas encore le jury, et que l'opinion qui soutient encore la nécessité d'un système légal de la preuve est essentiellement liée au maintien des juges permanents⁴.

Il faut poser nettement le point litigieux. Nul ne conteste que la loi ne doive régler la forme et les solennités des preuves. On peut admettre encore, quoiqu'avec plus de difficulté, qu'elle peut, par de sages prévisions et par des principes généraux, déterminer les conditions qui assignent à chaque moyen de preuve sa valeur propre, pourvu, toutefois, que ces principes ne soient que des préceptes indicateurs et non obligatoires, pourvu qu'ils éclairent la marche du juge sans l'enchaîner et le laissent libre de suivre sa conviction. C'est dans ce sens que nous avons précédemment signalé les écrits des légistes du xvi^e siècle comme une source féconde des règles les plus sages et les plus lumineuses sur l'appréciation des aveux, des témoignages et des indices (n° 367). Mais ce n'est point là une théorie légale de la preuve; ce qui constitue cette théorie ce n'est ni l'indication des preuves ni la forme ou les conditions de leur production, c'est uniquement leur caractère obligatoire, c'est l'effet nécessaire, quelque restreint qu'il soit, dans un sens ou dans l'autre, que la loi y attache. Or, quelque affaibli et limité que soit ce principe, il vit encore dans plu-

¹ Teoria delle leggi, tom. IV, cap. VI et VII.

² Traité de la preuve, chap. X.

³ Lois de Wurtemberg, de Bade et de Bavière.

⁴ M. Mittermaier, p. 101, note 2, p. 133, 134 et 135.

quelque hésitation, qu'ils étaient sous l'empire d'un sentiment violent lorsqu'ils ont vu le fait qu'ils rapportent, que leur affirmation laisse entrevoir quelque anxiété, quelque inquiétude; est-ce que cette affirmation produira la certitude dans votre esprit? Un accusé avoue le crime qui lui est imputé; mais cet aveu, qui n'exprime ni repentir ni regrets, qui n'explique pas toutes les circonstances du fait, qui laisse des doutes sur quelques-unes, laisse une impression pénible; on en cherche le sens et le but, on se demande s'il n'est pas dicté par quelque intérêt qu'on n'aperçoit pas encore. Est-ce qu'un tel aveu peut être la base unique d'une condamnation? La certitude peut s'attacher à la déposition d'un seul témoin, s'il est formel, éclairé et s'il est sûr de ce qu'il a vu; elle peut même se puiser uniquement dans des faits qui ne sont que des indices. Il n'y a pas de loi qui puisse la commander ou la régler; elle est, comme la pensée, essentiellement libre et indépendante de tout pouvoir extérieur. On peut se rendre compte des causes qui l'ont produite, lorsqu'elle existe; on ne peut jamais la faire naître arbitrairement et lui imposer des causes légales qu'elle apprécie et qu'elle peut rejeter.

Ensuite n'est-il pas contradictoire de vouloir soumettre à des règles fixes, invariables, la constatation des actions humaines qui sont essentiellement mobiles et variables, qui diffèrent à l'infini les unes des autres par la pensée qui les anime, par la différence de leur but, par les faits de leur exécution? Est-ce que des actes, tantôt simples et tantôt compliqués, là facilement perceptibles, ici obscurs et composés d'éléments abstraits, peuvent être saisis par les mêmes moyens, fixés par les mêmes preuves? Est-ce que deux témoignages, est-ce que deux aveux sont identiques dans leur valeur morale? Est-ce que la même preuve exercera la même influence sur des juges différents eux-mêmes par leur caractère, par leur intelligence, par leur expérience? On prétend leur dire : vous croirez tel fait quand vous aurez constaté telle ou telle circonstance; vous n'y croirez pas quand vous n'aurez pas réuni ces éléments. Mais ces circonstances ce sont des témoins, ce sont des déclarations, ce sont des indices; or, est-ce que ces indices et ces témoignages, fussent-ils matériellement identiques, ne sont pas susceptibles d'une appréciation diverse? Comment donc y attacher, par un lien étroit, la croyance du juge, qui ne dépend que du libre arbitre, qui est la conscience

elle-même? Ou la loi doit donner pour base aux jugements la conviction même du juge, et une théorie légale de la preuve est incompatible avec cette conviction, ou elle doit prendre une autre base, et quelle sera-t-elle?

Il n'y a pas d'autre *criterium* de la vérité, on l'a déjà dit, que la certitude morale, c'est-à-dire la conscience humaine. La justice pénale, si elle veut remplir sa mission, si elle veut conformer ses lois et ses formes aux prescriptions de la loi morale, ne doit point avoir d'autre appui. Ce n'est qu'en prenant pour intermédiaire la conscience du juge, qu'elle peut parvenir, non-seulement à percevoir la vérité, mais encore à saisir les nuances qui séparent les actions, à graduer les châtimens suivant la gravité des délits. La preuve morale, c'est-à-dire la libre impression laissée dans la conscience du juge par l'instruction, telle est donc la seule preuve qui soit en rapport avec la nature des faits qu'il s'agit de constater, la seule méthode qui puisse conduire à connaître le vrai et le faux en matière pénale.

1775. Maintenant est-il permis de dire que cette méthode, contraire, il faut le reconnaître, à de nombreux travaux de droit, soit en opposition avec le progrès scientifique? Ce progrès consiste tout entier à nos yeux dans la substitution d'une règle simple, rationnelle, puisée dans la nature même de l'homme, aux règles subtiles et compliquées qui, en analysant tous les actes humains, en méconnaissaient la moralité, et, en posant les règles des opérations du jugement, finissaient par l'égarer. La science, dont les longs travaux, monuments de l'expérience de ses plus savants légistes, n'auront plus d'application nécessaire, exalte leur importance et leur utilité; elle ne veut pas apercevoir que ces travaux, faits pour suppléer à l'instruction orale et à la publicité du débat, garanties indispensables de la justice, quand la justice, garrottée par le secret de la procédure, pouvait s'égarer à chaque pas, n'ont plus la même application quand la recherche de la vérité, livrée à tous les moyens nécessaires d'investigation, est devenue une opération du bon sens au lieu d'une opération scientifique. Ce n'est pas qu'il faille rejeter toutes les judicieuses règles logiquement élaborées par les légistes sur l'administration des preuves, leur valeur relative, les conditions qui les rendent efficaces, les formes qui doivent les accompagner. Ces règles

l'état de l'intelligence du juré, à raison de ses lumières relatives, que le jugement est abandonné à sa propre conviction, "c'est parce que cette conviction est la seule voie de connaître la vérité, autant qu'il est donné à l'homme de le faire. Dès lors, la même raison s'applique au juge, dès qu'il s'agit, non de décider un point de droit, mais d'apprécier un point de fait. Il est évident que si M. Mittermaier hésite à affranchir les juges permanents du frein d'une règle légale, c'est qu'il redoute leur puissance appliquée en matière de grand criminel, c'est qu'il voudrait protéger à l'aide de cette règle les vrais intérêts de la justice. Nous comprenons les inquiétudes de cet éminent et généreux esprit. Mais alors la question n'est plus entre la preuve morale et la réglementation des preuves par la loi; elle est entre le jury et les juges permanents.

La règle, dans notre législation, est générale; elle s'applique à toutes les juridictions criminelles. Notre Code, en effet, n'y a fait qu'une seule restriction dont il sera parlé tout à l'heure. En dehors de cette exception, le juge, à quelque juridiction qu'il appartienne, a la libre appréciation des preuves produites devant lui et ne puise dès lors sa décision que dans la conviction que ces preuves ont formée dans son esprit. C'est d'après ce principe que les juges du fond peuvent se borner à déclarer leur conviction, relativement à la preuve des faits incriminés, sans être astreints à déduire les causes de cette conviction¹. La Cour de cassation a dû déclarer en conséquence : « Que les juges du fond n'étant pas obligés d'exposer les raisonnements qui les conduisent à poser comme constant un fait qualifié par la loi pénale, il ne peut lui appartenir d'apprécier ces raisonnements ni de rechercher les éléments qui ont servi à former sur les faits la conviction des juges². »

Cette règle s'applique aux juges de la cour d'assises dans le cas où ils prononcent sur les faits sans assistance de jurés. Ainsi, en matière de reconnaissance d'identité, l'article 518 ne leur impose aucune règle, aucune preuve; elle les laisse libres de prononcer suivant leur conviction. En matière de contumace même, quoique l'arrêt intervienne sur la procédure écrite, l'article 471

¹ Arr. cass. 22 mai 1812 (J. P., tom. X, p. 446); 28 oct. 1814 (J. P., tom. XII, p. 440).

² Arr. cass. 12 avril 1834 (J. P., tom. XXVI, p. 379).

l'une et l'autre soient reconnues constantes et entraînent l'application légale de la peine prononcée par la loi¹. »

Et non-seulement les juges correctionnels et de police sont soumis aux mêmes règles que les jurés, quant à la preuve des faits dont ils sont saisis, mais il leur est interdit d'en invoquer d'autres et de faire revivre notamment des maximes qui supposeraient un système légal de la preuve. Un arrêt de la Cour de Nîmes, jugeant correctionnellement, avait jugé, conformément à une règle de notre ancien droit, que « l'aveu ne suffit pas par lui seul pour entraîner condamnation, lorsqu'il n'existe pas ailleurs une constatation du corps du délit ». Cet arrêt a été cassé, « attendu que les articles 154 et 189 n'interdisent pas aux tribunaux de chercher les éléments de leur conviction dans tous les modes de preuve admis par l'ensemble de la législation, et notamment dans les déclarations faites en justice par les prévenus eux-mêmes lorsqu'ils proposent leur défense; que sans doute le juge reste le maître d'apprécier la force probante de l'aveu que peut faire le prévenu, eu égard aux circonstances dans lesquelles il intervient, mais qu'il ne peut se refuser d'en faire la base d'une condamnation, par le seul motif qu'aucun procès-verbal régulier n'a constaté le fait matériel du délit ou de la contravention, puisque ce serait exiger pour ce fait, contre le vœu des dispositions ci-dessus rappelées, une preuve légale incompatible avec les principes de notre droit criminel². »

1778. Néanmoins la loi, après avoir posé le principe que le juge doit apprécier toutes les preuves pour y puiser les éléments de sa conviction, a formulé quelques conditions à l'application de certaines preuves, et tracé quelques limites au droit du juge.

Ainsi, la preuve testimoniale est soumise à des formalités qui ont pour objet d'en rendre les éléments plus purs et plus assurés : tels sont le serment des témoins, la forme orale de leurs dépositions, les reproches qui peuvent les écarter, les incapacités qui peuvent les atteindre.

Ainsi, la loi a restreint dans certains cas le droit du juge d'em-

¹ Arr. cass. 13 nov. 1834 (J. P., tom. XXVI, p. 1008); et conf. Arr. cass. 9 vend. an VII, 3 oct. 1807, 22 mai 1812, 4 sept. 1813, 20 oct. 1814, 4 oct. 1816, 9 mars 1820, 4 août 1820, 4 mars 1825, 16 oct. 1825, 23 déc. 1825, etc.

² Arr. cass. 29 juin 1848 (Bull., n° 193).

le domaine de la preuve morale ou soumettent ses éléments à des conditions légales, doivent-elles être considérées comme constituant un système de réglementation de la preuve en général? Évidemment non. Ce sont des précautions qui ont pour but, les unes d'assurer à la preuve testimoniale son autorité, les autres de garantir à des faits civils l'application des règles de la loi civile, les autres enfin de faciliter la répression des délits et contraventions qui se rattachent à la perception des impôts. Ce sont, à quelques égards, et dans quelques cas particuliers, des restrictions au principe qui laisse au juge toute latitude dans les éléments de sa conviction; mais ce principe n'en reçoit en lui-même aucune atteinte; il constitue le droit commun des matières criminelles; il s'applique d'une manière absolue à toutes les incriminations où il ne rencontre pas une limite formellement exprimée, et ce n'est que dans quelques incriminations spéciales que cette limite existe.

1779. En constatant que notre législation n'a nullement réglementé la preuve, et que, sauf quelques mesures restrictives, elle a voulu que le juge en appréciait librement tous les éléments, est-ce une critique, est-ce un éloge que nous exprimons? Faut-il regretter qu'à défaut des règles qui liaient, dans le système de la preuve légale, la conviction du juge, le législateur n'ait pas formulé du moins quelques préceptes sur l'emploi et les conditions des différents moyens de preuve? Il nous paraît que notre Code a suivi la méthode la plus sûre pour arriver dans les procédures criminelles à la connaissance de la vérité; il nous paraît que ce n'est point sans quelque péril que la loi essaie de formuler des maximes sur les conditions de la preuve, même en ne leur attribuant que l'autorité de préceptes non obligatoires ou de conseils. Les règles légales, même dénuées d'une sanction directe, par cela seul qu'elles révèlent l'esprit de la loi et la pensée qui l'anime, impriment nécessairement au juge la direction qu'il doit suivre; il y prend son point d'appui, ses motifs de décision, et il est en général plus disposé à les généraliser qu'à les restreindre. Or, toute règle en matière de preuve, quelque prudente qu'elle soit, peut, dans un cas donné, enchaîner la conviction du juge et conduire à froisser la vérité des faits. Admettons, par exemple, cette règle, l'une des plus judicieuses de notre ancien droit, que *la confession du prévenu ne peut faire preuve contre lui, que*

CHAPITRE HUITIÈME.

DE LA CONSTATATION JUDICIAIRE.

1781. Ce qu'est la constatation judiciaire et de quels actes elle se compose. Objet de ce chapitre.

§ I. Premiers actes du juge saisi par le réquisitoire.

1782. Le juge d'instruction doit-il rendre une ordonnance de soit informé?

1783. Doit-il constater avant tout autre acte le corps du délit?

§ II. Du transport du juge.

1784. Caractères et utilité du transport du juge d'instruction sur les lieux.

1785. Dans quels cas est-il autorisé à se transporter sur les lieux?

1786. S'il doit déléguer au juge de paix le soin de visiter les lieux et d'apprécier les premiers éléments de l'information.

1787. Formes du transport.

1788. Il doit être accompagné du procureur impérial. Transport d'office.

1789. Il peut ordonner d'office les mesures qu'il croit utiles. Commentaire de l'article 62.

1790. L'assistance du greffier est une condition de la régularité du transport.

1791. Le juge peut-il se faire assister du greffier de la justice de paix du lieu où il se transporte?

1792. Toutes les opérations du juge doivent être constatées par un procès-verbal.

1793. Ce procès-verbal doit-il être rédigé par le juge ou par le greffier?

1794. Quelle est la fonction du greffier vis-à-vis du juge?

§ III. Actes de la constatation judiciaire.

1795. L'inspection judiciaire a pour objet principal de constater l'état matériel des faits.

1796. Le juge doit donc constater le corps du délit et l'état des lieux.

1797. Comment doit se faire cette constatation quand il s'agit d'un homicide.

1798. Comment elle doit se faire s'il s'agit d'un infanticide ou d'un avortement, d'un empoisonnement ou de coups et blessures.

1799. Dans quels cas il y a lieu d'appeler des experts ou des ouvriers.

§ IV. Droit du juge de procéder à des visites domiciliaires.

1800. Droit de perquisition du juge. Commentaires des articles 87 et 88.

1801. Législation qui fonde l'inviolabilité du domicile. Exception au cas de perquisition.

1802. Il n'appartient qu'au juge d'instruction de pénétrer dans le domicile des citoyens et d'y faire des recherches.

1803. Le juge peut-il déléguer cette opération, soit à un juge de paix, soit à tout autre officier de police judiciaire?

1804. Cas dans lesquels les visites domiciliaires peuvent avoir lieu. Conditions exigées dans notre ancienne jurisprudence.

1805. Examen du texte des articles 87 et 88.

1806. Caractères et but des visites domiciliaires. Conséquences pour leur perpétration.
 1807. Que faut-il entendre par *les autres lieux* que désigne l'article 88?
 1808. Le juge a-t-il le droit d'ordonner une perquisition générale dans toutes les maisons d'un quartier ou d'une localité?
 1809. Le juge d'instruction est-il tenu de procéder à des visites domiciliaires quand il en est requis par le ministère public?

§ V. Règles des visites domiciliaires.

1810. La première règle est que le prévenu doit être présent ou son fondé de pouvoir.
 1811. Si la visite a lieu chez un tiers, ce tiers doit être averti d'y assister.
 1812. Le juge d'instruction peut-il s'introduire à toute heure dans le domicile du prévenu ou de toute autre personne?
 1813. Réserve que le juge doit apporter dans ses recherches.

§ VI. De la saisie des pièces de conviction.

1814. Droit de saisie. La saisie n'est qu'un moyen d'instruction. Elle atteint les effets à charge et à décharge.
 1815. Quels sont les effets qui peuvent être saisis.
 1816. De la saisie des papiers. *Quid* quand ils sont dans la possession d'un tiers.
 1817. Le juge peut-il opérer des perquisitions et procéder à la saisie d'actes et de papiers déposés dans l'étude d'un autre? Distinction.
 1818. Le même droit peut-il être exercé dans le cabinet d'un avocat ou d'un aroné?
 1819. Le juge peut-il procéder à des perquisitions et saisies dans les bureaux de l'administration des postes? Principe de l'inséparabilité du secret des lettres.
 1820. Ce principe oppose-t-il un obstacle insurmontable aux recherches de l'instruction? Distinction entre les lettres du prévenu et celles des tiers.
 1821. Formes des saisies. Règles qui doivent être suivies pour assurer l'identité des choses saisies.
 1822. Précautions particulières pour la saisie des papiers.
 1823. Remise au propriétaire des objets inutiles comme pièces de conviction.

1781. La constatation judiciaire est l'un des moyens de preuve les plus efficaces que la loi ait mis à la disposition de la justice. Elle consiste : 1° dans l'inspection personnelle que fait le juge d'instruction des lieux où le délit a été commis, des traces qu'il a laissées, des instruments qui ont servi à sa perpétration, de toutes les pièces de conviction; 2° dans le procès-verbal où il consigne les résultats de ses investigations.

On trouve quelques vestiges de ce moyen de preuve, soit dans la législation romaine ¹, soit dans la législation mérovingienne ². Mais il n'est devenu une voie ordinaire de la constatation des délits qu'au moment où la forme inquisitoriale a été introduite dans

¹ L. 6, Cod., De re militari. — Cette loi, relative à la vérification des causes de réforme, porte : *Quando non temerè dimittantur, nisi quos constat medicis denuntiatis, et iudice competente diligenter examinante, vitium contraxisse.*

² Lex salica, cap. Extran. cap. IX.

la procédure. Cette forme, en chargeant le juge inquisiteur de la vérification de tous les éléments du procès, dut nécessairement l'amener à l'inspection personnelle de tous les faits encore vivants et saisissables. Les transports sur les lieux, la visite du cadavre, la vérification des indices matériels, datent de cette époque ¹. Et lorsque cette nouvelle procédure, défiant d'elle-même, eut posé au seuil de chaque poursuite cette maxime tutélaire, qu'il faut avant tout constater le corps du délit, *de re priusquam de re inquirendum est*, le procès-verbal du juge devint la base et l'une des formes ordinaires de l'instruction. Nous verrons tout à l'heure que notre Code, en conservant le principe de cette constatation, s'est écarté sur plusieurs points de l'application que l'ancienne jurisprudence lui avait donnée.

Au reste, la constatation judiciaire ne consiste pas seulement dans la vérification que fait le juge de tous les actes matériels qui se rattachent à la consommation du délit; elle comprend nécessairement toutes les mesures qui préparent et facilitent cette vérification : tels sont les transports sur lieux, les visites domiciliaires dans la maison des inculpés et dans celles des tiers, les perquisitions et les saisies. C'est donc ici que s'exercent les plus hautes attributions du juge d'instruction et ses devoirs les plus difficiles. Cette matière soulève d'ailleurs de graves questions.

§ I. Premiers actes du juge d'instruction.

1782. Le juge d'instruction, quand il est saisi par le réquisitoire du ministère public, doit-il rendre, avant tout autre acte, une ordonnance de *soit informé*? Cette première question est de pure forme. Nous avons vu, en effet, que le juge, saisi par un réquisitoire à fin d'informer, ne peut refuser de lui donner suite, mais qu'il peut soutenir par voie d'ordonnance sur les exceptions que soulève la poursuite (voy. n° 1604). Il s'agit donc ici moins du droit du juge, que de la forme qu'il doit suivre quand il commence une information. Dans notre ancien droit, le premier acte de l'information était, en général, une ordonnance du lieutenant criminel portant *permission d'informer* : cette ordonnance, mise au bas de la plainte, ouvrait, pour ainsi dire, la procédure ².

¹ Conf. Mittermaier, p. 179.

² Muyart de Vouglans, Inst. crim., p. 179.

L'article 47 du Code d'instruction criminelle n'a fait que reprendre cette ancienne formule : « Le procureur impérial, porte cet article, instruit qu'il a été commis dans son arrondissement un crime ou un délit, sera tenu de requérir le juge d'instruction *d'ordonner qu'il en soit informé*. » En général, les juges d'instruction suppriment cette ordonnance dans la pratique, parce qu'elle leur paraît inutile, et qu'il y est implicitement suppléé par les actes mêmes de l'information ¹. Il est clair qu'au point de vue de la validité de la procédure, on peut considérer cette ordonnance comme superflue; mais, à un autre point de vue, son inutilité ne paraît pas démontrée. Elle constate le droit du juge de n'ordonner une information que lorsqu'il croit qu'il y a lieu d'y procéder; elle manifeste l'examen et la délibération qui doivent accompagner le premier acte de toute poursuite; elle est le principe des actes qui suivent et qui n'en sont que l'exécution; enfin, elle ouvre, s'il y a lieu, le droit d'opposition qui appartient aux parties. Sous tous ces rapports, il peut paraître convenable de ne pas négliger une forme que la loi a formellement maintenue, et qui est une garantie de la maturité qui préside aux actes du juge. Il est bon d'établir à la première page de toute procédure criminelle, que c'est le juge lui-même qui, après en avoir apprécié les premiers éléments, l'a ordonnée.

1783. Après avoir rendu, sur le vu du réquisitoire ou de la plainte, l'ordonnance de *soit informé*, le juge d'instruction a pour premier devoir de constater l'existence même du délit qui lui est déféré. Il est évident, en effet, qu'il ne doit pas s'exposer à commencer une procédure au sujet d'un délit auquel de fausses apparences auraient fait croire, et qui n'aurait pas réellement été commis. Cette règle appartient à toutes les législations. La loi romaine prohibait toute accusation avant que le crime fût constaté, *priusquam de crimine constiterit* ², et le jurisconsulte Paul fixait à la procédure l'ordre suivant : *Hic ordo servatur : primum ut constet occisum dominum, deinde ut liqueat de quibus ea quæstio habenda sit, atque ita de reis inquirendum* ³. Dans notre ancien droit, la procédure inquisitoriale avait donné à cette

¹ Duverger, tom. II, p. 56; Massabiau, tom. II, p. 253.

² L. 4, Cod., Ubi causæ fiscales.

³ Sentent., lib. III, tit. V, § 11.

la constatation par le juge du corps du délit; mais il y a cette différence, que le procès-verbal du juge, utile encore pour faire cette constatation, n'est plus une pièce nécessaire du procès, qu'il peut être suppléé par toute autre preuve, et qu'il ne fait pas même foi complète du fait qu'il constate, puisque toutes les pièces de la procédure, livrées à l'appréciation du juge du fond, ne sont que des éléments de sa conviction et ne l'enchaînent pas. Ainsi, maintenant comme autrefois, le premier soin du juge d'instruction doit être de s'assurer si le délit a été effectivement commis¹; mais la validité de la procédure n'est plus subordonnée à l'existence d'un procès-verbal constatant le corps du délit; il suffit qu'il soit constant pour le juge que le fait existe.

Cette doctrine a été plusieurs fois consacrée par la jurisprudence. Un arrêt du 19 juin 1817 porte : « que l'omission de la rédaction de procès-verbaux qui peuvent constater le corps du délit n'opère pas une nullité, et ne peut être un obstacle aux poursuites². » Un autre arrêt du 16 mars 1837 dispose : « qu'aucune loi n'exige un procès-verbal du corps de délit comme préalable indispensable d'une poursuite pour vol³. »

§ II. Du transport du juge d'instruction.

1784. Le premier acte de la constatation judiciaire est le transport du juge d'instruction sur les lieux.

Les transports du juge sont l'une des mesures les plus efficaces de la procédure. Considérés au point de vue général de l'instruction judiciaire, ils produisent les résultats les plus utiles. Ils manifestent aux yeux des populations la puissance de la justice, qui, sur les lieux mêmes où un crime a été commis, vient déployer l'appareil de ses formes et l'activité de ses recherches; ils apportent aux esprits ignorants et timides la pensée d'un pouvoir rémunérateur qui protège et qui punit; ils inspirent aux malfaiteurs une légitime inquiétude; ils impriment encore une impulsion plus grande aux investigations de la police judiciaire; ils fournissent les moyens d'une surveillance plus réelle sur les agents de cette police.

¹ Muyart de Vouglens, Lois crim., p. 778.

² Arr. cass. 19 juin 1817 (J. P., tom. XIV, p. 298).

³ Arr. cass. 16 mars 1837 (Bull., n° 82).

Considérés à un point de vue plus restreint, ils n'ont pas des effets moins féconds. Le juge, en visitant les lieux, en constatant la situation des choses au moment de la perpétration du délit, en appréciant le milieu dans lequel le fait s'est accompli, prend une idée exacte de ce fait et le saisit avec son caractère propre ; de là il suit, d'abord, qu'il peut imprimer à la procédure une direction plus sûre, parce qu'il en connaît mieux les éléments ; ensuite, qu'il peut reproduire et mettre sous les yeux du tribunal ou des jurés les détails descriptifs et les faits circonstanciés que ceux-ci ne peuvent vérifier eux-mêmes. Son rapport, en effet, doit expliquer les circonstances qui étaient obscures, porter la lumière sur les faits matériels qui aident à l'intelligence du fait moral, faire revivre la physionomie de ce fait, rendre compte de la situation et de l'intérêt des témoins. A la vérité, ce rapport ne fait pas foi des faits qui y sont relatés ; il est un des éléments de la preuve, il ne constitue pas par lui-même une preuve complète de ces faits ; mais il est évident que l'opinion d'un témoin aussi impartial et aussi éclairé que le juge d'instruction, quand il dépose ce qu'il a vu et vérifié, doit exercer une très-grande influence sur les juges du fond, quels qu'ils soient ¹.

Il y a plus. Dans un grand nombre d'affaires, rien ne peut remplacer le procès-verbal du juge. Les témoins ne disent pas tout, ils ne peuvent raconter que ce qu'ils ont vu et entendu ; mais, pour comprendre leurs dépositions, pour leur accorder le degré de foi qu'elles méritent, quelquefois même pour les faire concorder entre elles, il faut connaître les lieux, la situation matérielle de chaque témoin, la distance où il était placé, s'il pouvait voir ou entendre. Il y a là une appréciation, non de l'action elle-même, mais des circonstances matérielles qui l'ont accompagnée ou qui se sont produites autour d'elle, que le juge d'instruction seul peut faire, car elle échappe complètement aux juges du fond.

L'inspection du juge ne s'applique pas seulement d'ailleurs à la constatation du corps du délit et des circonstances concomitantes de ce délit ; elle s'étend à tous les faits accessoires qui ont précédé et suivi l'action, et qui peuvent en déterminer la cause ou les conséquences, à tous les éléments qui peuvent servir d'in-

¹ Mangin, tom. I, p. 134 ; Mittermaier, p. 181.

pour rétablir l'ordre, que le transport doit avoir lieu; qu'en principe c'est au juge de paix, dont la translation est moins onéreuse, que doit être confié le soin de visiter les lieux et d'apprécier les premiers éléments de l'information ¹.

Nous avons souvent combattu cet avis. Et d'abord, quelque désirable que soit l'économie en matière de frais de justice, elle ne doit jamais aller jusqu'à désarmer le juge de ses moyens nécessaires d'action et de preuve. On peut recommander au ministère public d'employer autant que possible la voie de la citation directe au lieu de l'instruction préalable, de ne faire citer que les témoins indispensables à la preuve des faits incriminés, de supprimer les expéditions inutiles de pièces, de surveiller les taxes et les salaires des huissiers; on peut encore lui prescrire de n'accompagner le juge d'instruction que lorsque sa présence serait indispensable, et faire assister ce magistrat par le greffier de la justice de paix ou le secrétaire de la mairie, pour éviter les doubles et triples transports, presque toujours inutiles; mais là doivent s'arrêter les précautions économiques. Elles ne doivent pas faire ce que la loi, dans l'intérêt le plus élevé de la justice, n'a pas osé essayer : poser une limite entre les cas graves et ceux qui le sont moins, autoriser le transport dans les premiers, l'interdire dans les autres. C'est en réalité contester au juge les moyens de connaître la vérité, les moyens d'apprécier les faits, les moyens de juger. Comment savoir, en effet, s'il a besoin de telle investigation pour éclaircir les doutes qu'il a conçus? Est-ce que ces doutes dépendent de la gravité du fait? Est-ce que le jugement ne doit pas être l'expression de la vérité aussi bien à l'égard des crimes moindres qu'à l'égard des plus grands? L'application des moyens de preuve ne relève que de la conscience du juge; aucune règle ne peut les lui enlever; car il a le devoir de juger, et pour juger il doit vérifier les faits par toutes les voies de droit qu'il juge nécessaires.

Mais ne peut-il pas du moins confier au juge de paix la vérification qui est l'objet du transport? Nous examinerons plus loin dans quels cas le juge d'instruction peut procéder par voie de commission rogatoire ²; mais n'est-il pas dès à présent évident que cette voie ne peut être employée quand il s'agit non pas d'un

¹ Conf. M. de Molènes, tom. I, p. 295.

² Voy. *infra* chap. XII.

le motif que ces officiers retardaient l'instruction des procès criminels et en empêchaient le secret. La règle de la jurisprudence fut dès lors que le juge, lorsqu'il informait hors du lieu de sa demeure, était tenu, sauf les cas de flagrant délit, de se faire accompagner du procureur du roi ou fiscal ¹. L'usage des adjoints, maintenu dans quelques législations étrangères, fut reproduit dans la loi des 16-29 septembre 1791, qui voulait qu'en cas d'homicide, toutes les opérations relatives à la levée du cadavre fussent faites en présence de deux notables du lieu, qui signaient au procès-verbal (tit. III, art. 2). Cette adjonction de témoins n'a point été tout à fait effacée de notre Code. L'article 42, relatif au cas de flagrant délit, est ainsi conçu : « Les procès-verbaux du procureur impérial seront faits et rédigés en la présence et revêtus de la signature du commissaire de police de la commune dans laquelle le crime ou le délit a été commis, ou du maire, ou de l'adjoint, ou de deux citoyens domiciliés dans la même commune. Pourra néanmoins le procureur impérial dresser les procès-verbaux sans assistance de témoins, lorsqu'il n'y aura pas possibilité de s'en procurer tout de suite. » Et l'article 59 ajoute : « Le juge d'instruction, dans tous les cas réputés flagrant délit, peut faire directement et par lui-même tous les actes attribués au procureur impérial, *en se conformant aux règles établies au chapitre des procureurs impériaux.* » Il résulte évidemment de ces deux textes que le procureur impérial et le juge d'instruction, procédant isolément l'un de l'autre, sont tenus de se faire assister de témoins ; c'est une garantie que la loi a voulu donner à l'inculpé, qui peut, au premier moment, être l'objet de préventions injustes ou d'imputations passionnées : la présence du commissaire de police, ou du maire, ou de deux habitants de la commune, peut prévenir des erreurs et éclairer l'instruction. Mais ces auxiliaires, requis pour le cas où l'un des deux magistrats agit isolément, deviennent inutiles dès qu'ils sont tous les deux présents. Ce ne sont plus alors, en effet, les règles exceptionnelles du flagrant délit qui sont appliquées, ce sont les règles ordinaires de l'instruction, et les articles 61 et 62 n'ont point reproduit les termes de l'article 42 et ne s'y sont pas même référés. Sans doute les magistrats peuvent appeler toutes les personnes qu'ils croient capables de les seconder ou de les éclairer ; mais ils n'ont

¹ Jousse, tom. II, p. 13.

mais il peut penser, et la plupart du temps cette opinion sera fondée, que sa participation à cette mesure est parfaitement inutile, qu'il n'a aucunes réquisitions à prendre, que d'autres affaires appellent ses soins, et que la vérification, fût-elle utile, peut être opérée par le juge seul, sans que le déplacement de deux magistrats soit nécessaire. En supposant tous ces motifs sérieux, faut-il décider que le juge d'instruction, légalement lié au procureur impérial, ne devra pas en général effectuer son transport quand celui-ci, nous ne disons pas refusera de le suivre, mais ne lui donnera pas son assentiment et en discutera l'opportunité? Faut-il considérer ce magistrat comme un auxiliaire nécessaire, et en quelque sorte comme l'adjoint du juge? Il nous paraît, d'abord, que le concours du ministère public n'a point, dans le système du Code, le caractère d'une adjonction : c'est uniquement pour prendre les réquisitions que l'information peut motiver, que sa présence sur les lieux a été jugée nécessaire ; hors le cas de flagrant délit, il ne prend part à aucun acte d'instruction. Ne suffit-il pas, dès lors, pour remplir le vœu de la loi, qu'il soit instruit du transport, qu'il puisse apprécier l'utilité de sa présence sur les lieux, qu'il soit mis en demeure d'accompagner le juge? Faut-il, pour obéir à la lettre de la loi, aller plus loin et le contraindre à suivre celui-ci dans tous les cas? Mais, d'abord, il est difficile, surtout dans les petits tribunaux, que le déplacement simultané de deux magistrats n'apporte pas quelque entrave au service, et ce concours a pour conséquence nécessaire de doubler la dépense du trésor. Ensuite, subordonner le transport à l'assentiment du ministère public, c'est imposer comme condition à cette mesure le concours de deux avis qui, même en mettant de côté toute cause de mésintelligence, pourront n'être pas identiques ; c'est soumettre même le juge d'instruction dans les actes qu'il ordonne à une sorte de dépendance qui n'a pu être la pensée de la loi. Enfin, il est clair que le transport, par cela même qu'il est plus difficile et plus onéreux, devient une mesure extraordinaire qui sera plus rarement employée ; or, de tous les moyens d'instruction, l'un des plus puissants est l'inspection personnelle du juge ; loin de lui créer des entraves, il faudrait la rendre plus facile et plus fréquente ; de sorte que l'intérêt de la justice se trouverait ici en opposition avec le texte de la loi. Il nous semble qu'on pourrait admettre le transport

tobre 1715, avait cassé une procédure écrite de la main du juge¹. Et Jousse, qui rapporte ces arrêts, ajoute : « Tous ces procès-verbaux doivent être écrits par le greffier en présence du juge qui doit lui-même les rédiger². » Cette règle, implicitement consacrée par l'article 63 du décret du 18 juin 1811, doit être maintenue. Le procès-verbal est l'œuvre du juge; il constate les résultats de son inspection personnelle, il doit seul le rédiger. Il ne l'écrit pas lui-même; l'écriture est la fonction du greffier; mais il doit en dicter les termes, ou du moins les examiner avec soin.

1794. Ici s'élève une question. Quelle est la fonction du greffier vis-à-vis du juge? N'est-il qu'un scribe astreint à reproduire servilement la dictée qui lui est faite? Faut-il le considérer, au contraire, comme un auxiliaire qui vient fortifier par son témoignage le témoignage du magistrat? Bruneau disait dans notre ancien droit : « Le greffier est comme le témoin de ce que fait le juge, et l'un ne peut rien faire sans l'autre³ ». Cette expression, peut-être inexacte dans la forme, est vraie au fond. Le greffier, officier public, indépendant du juge, a une mission spéciale : il est chargé de constater les opérations du juge et leurs résultats; il est donc le témoin nécessaire de tous ses actes, et lorsqu'il met sa signature à côté de la signature du juge sur le procès-verbal, il joint en réalité son témoignage au sien. A la vérité, il écrit sous la dictée du juge et il n'a aucun droit de contrôler ses appréciations, puisque sa mission est de constater les opérations et non les faits eux-mêmes. Mais s'il apercevait une inexactitude matérielle, si le juge lui prescrivait, par inadvertance ou autrement, de constater un fait faux, une vérification qui n'aurait pas été faite, ne devrait-il pas s'arrêter et refuser son ministère⁴? Il n'est point, en effet, un instrument passif entre les mains du juge, mais un instrument intelligent de l'instruction; la loi, en le revêtant d'une autorité personnelle, qu'il communique aux actes qui émanent de lui, a voulu ajouter une garantie nouvelle aux solennités de la procédure; cette garantie est la vérité des constatations auxquelles il

¹ Jousse, tom. III, p. 132.

² Tom. II, p. 33.

³ Max. sur les mat. crim., p. 67.

⁴ Mittermaier, p. 176.

concourt. Il affirme tous les faits qui sont relevés aux procès-verbaux; il ne peut donc être tenu d'affirmer les faits qu'il sait n'être pas exacts.

§ III. *Opérations auxquelles s'appliquent les constatations judiciaires.*

1795. L'inspection judiciaire a pour objet principal de constater le corps du délit, c'est-à-dire l'état matériel des faits; elle ne tend que secondairement à la recherche et à la découverte des auteurs de ces faits.

La constatation du corps du délit peut motiver trois opérations distinctes : 1° la visite des lieux où le délit a été commis, des traces qu'il a laissées, de l'état de la chose ou de la personne qui en a été l'objet; 2° la perquisition de tous les effets ou papiers qui sont jugés utiles à la manifestation de la vérité; 3° la saisie des instruments du délit et de toutes les pièces qui peuvent servir à conviction. Ces trois opérations sont soumises à des règles spéciales qui sont indiquées soit par la loi, soit par la doctrine et la pratique judiciaire, et qui vont faire l'objet de ce paragraphe et des paragraphes suivants.

La constatation du corps du délit proprement dit, c'est-à-dire l'inspection de l'état des lieux où le délit a été commis, prend des règles ou générales ou particulières; générales, quand elles s'appliquent à toutes les procédures; particulières, quand elles ne s'appliquent qu'à l'instruction de certains délits.

1796. Le juge d'instruction, lorsqu'il est arrivé sur le lieu du délit, doit avant toute autre chose vérifier l'état du corps du délit; c'est ce qui résulte de l'article 32 du Code d'instruction criminelle, dont la disposition doit s'étendre aux transports du juge d'instruction aussi bien qu'à ceux du procureur impérial. La constatation de l'existence même du délit doit, en effet, précéder toute autre opération.

Il doit donc vérifier le fait matériel, pour reconnaître et son existence réelle et son caractère pénal; fixer le jour et l'heure de la perpétration, car toute la preuve est quelquefois attachée à la date; observer les moyens à l'aide desquels il a été commis et les effets matériels qu'il a produits; constater enfin toutes les circonstances constitutives ou nécessaires de l'action principale. Le

but de ses efforts doit être d'établir l'existence des faits, indépendamment de l'avcu de l'inculpé et des dépositions des témoins, par la seule observation des signes extérieurs. Dans la plupart des cas ces signes sont manifestes, et il est facile de les constater ; mais il arrive quelquefois qu'ils sont cachés, qu'il faut les faire revivre ; c'est à l'aide des témoignages, des expertises, des vérifications personnelles, de l'étude attentive des faits et de leurs causes, que ce double résultat pourra être obtenu.

Le corps du délit étant constaté, le juge doit procéder, toutes les fois que cela peut être utile, à la description de l'état des lieux. Tel est l'ordre indiqué par l'article 32, et il est logique, en effet, que la description des lieux suive dans le procès-verbal la constatation du fait matériel, parce que le juge peut seulement connaître alors l'intérêt de cette description et les détails qu'il est important de noter. Ces détails sont, suivant la nature des faits, tantôt la situation même des lieux, leur disposition, leurs alentours, leur proximité ou leur éloignement d'une habitation, tantôt leur état matériel, les effractions intérieures ou extérieures, la situation des fermetures ou clôtures qui rendent l'introduction plus ou moins facile, la position des meubles, s'ils sont dérangés ou brisés, s'ils ont conservé des traces ou des empreintes qui se rapportent au délit. L'examen doit s'étendre dans certains cas aux lieux circonvoisins ; car leur état peut souvent rendre compte soit des préparatifs, soit des suites de l'action. Enfin, toutes les fois que la preuve peut se rattacher à la distribution des lieux, à des accidents de terrain, aux distances qui font obstacle à la vue ou à l'ouïe, il est nécessaire de faire dresser un plan pour compléter la description du procès-verbal et rapprocher les lieux mêmes du regard du juge. Cette mesure peut être encore utile relativement aux objets qui ne peuvent être déplacés et dont la forme ou l'étendue est un élément de l'instruction ; il faut dans ce cas en faire exécuter des dessins et des modèles.

1797. Cette inspection du corps du délit et de l'état des lieux prend quelques règles particulières, suivant la nature du fait qui est l'objet de l'instruction.

En matière d'homicide, ces règles ont quelque importance.

Dans notre ancien droit, il était de principe que tout décès dont la cause était douteuse devait donner lieu à la visite du juge,

que, la fouille d'un terrain, l'exhumation d'un cadavre, la vidange d'une fosse d'aisances, soit pour opérer un acte spécial de leur profession, la levée d'un plan, l'empreinte d'un objet, l'ouverture d'une serrure. Les articles 43 et 44 du Code d'instruction criminelle ne parlent, à la vérité, que des officiers de santé ou des personnes capables, par leur art ou profession, d'apprécier la nature ou les circonstances du crime; ce sont là les experts dont nous parlerons dans notre chapitre X; mais, à côté des experts qui suppléent à l'insuffisance des connaissances du juge et qui apprécient les faits spéciaux qui sont déferés à leur examen, il y a les artisans ou ouvriers, instruments passifs des ordres du juge, et dont l'assistance, quoique non formellement prévue par la loi, est indispensable. Les articles 20, 134 et 136 du décret du 18 juin 1811 règlent d'ailleurs le payement de leur salaire. Ils ne sont point astreints à prêter serment, tant qu'ils ne sont employés qu'à un travail matériel et qu'ils ne sont appelés à aucune appréciation morale. Dans les cas de flagrant délit, leur concours est nécessaire, et s'ils refusent d'obéir aux ordres du juge, ils sont passibles d'une peine de police¹; dans les autres cas, leur assistance est purement volontaire et doit être le résultat d'une stipulation faite de gré à gré.

§ IV. *Droit du juge de procéder à des visites domiciliaires.*

1800. Le juge d'instruction, lorsqu'il y a lieu de présumer que les preuves du délit existent dans d'autres lieux que le lieu de la perpétration, peut s'y transporter pour y procéder à des perquisitions.

Ce droit de perquisition, l'une des plus graves attributions du juge, est peut-être celle dont l'exercice soulève les difficultés les plus grandes. Elle lui confère le pouvoir exorbitant de s'introduire et d'opérer des recherches dans tous les lieux où il présume trouver des preuves du délit; elle apporte donc d'importantes restrictions au principe de l'inviolabilité du domicile, l'un des droits les plus précieux des citoyens. Il importe dès lors de définir avec soin l'étendue et les limites de cette attribution.

En premier lieu, il ne faut pas confondre le droit de perquisition que les articles 87 et 88 du Code d'instruction criminelle

¹ C. pén., art. 475, n° 12.

Cela posé, il est certain, comme le rappelle un des motifs de l'arrêt, que la disposition des articles 83 et 84 est purement démonstrative, et que le droit de déléguer ne doit pas être enfermé dans les deux cas prévus par ces articles. Mais si la délégation peut s'étendre, même en dehors de leurs termes, à toutes les auditions de témoins, est-il permis de l'appliquer non plus à une audition de témoins, mais à une opération d'une autre nature ? c'est là qu'est la difficulté. M. Legraverend pose en principe que : « Le droit de déléguer tient aux règles générales de la procédure criminelle ¹ », et cette vague formule, reproduite dans plusieurs instructions ministérielles ², a contribué à propager les délégations au détriment, suivant nous, de la justice. Le droit de déléguer en matière criminelle n'est, ainsi qu'on le verra plus loin ³, qu'une simple exception. En général, le juge doit procéder par lui-même aux actes de sa compétence ⁴, et ce n'est que lorsque quelque empêchement s'y oppose et que les actes sont de nature à être délégués, qu'il peut commettre un autre officier pour les accomplir. Telle était la doctrine de notre ancienne jurisprudence. Farinacius, qui ne fait que résumer la pratique de son temps, établit qu'en général les commissions rogatoires n'étaient pas admises en matière criminelle : *In criminalibus remissoria non conceditur* ⁵. Jousse répète que : « On peut regarder comme une règle générale que les délégations n'ont pas lieu en matière criminelle, même en matière d'information ⁶. » Et Julius Clarus n'admet d'exception que dans les cas où il n'est pas possible d'agir autrement : *Id tamen non fit nisi ex magna et necessaria causa, quando aliter veritas haberi non potest* ⁷.

On peut admettre la délégation quand il s'agit d'une audition de témoins, et dans ce cas même nous verrons plus loin qu'on ne doit pas en abuser ; mais quand il s'agit d'un acte d'instruction qui ne consiste pas seulement dans la constatation matérielle d'une déclaration ou d'un fait, mais dans la recherche et la saisie

¹ Legraverend, tom. I, p. 285.

² Circulaire du ministre de la justice des 19 avril 1811, 9 avril 1825, 16 août 1832.

³ Voy. *infra* au chap. des Commissions rogatoires.

⁴ L. 70, Dig., De reg. juris.

⁵ Quest. 77, num. 71.

⁶ Tom. III, p. 150.

⁷ Quest. 26, num. 4.

moins éloignés, elle aurait livré à tous les officiers de police auxiliaires le droit de procéder, à la place du juge, à des perquisitions au domicile des citoyens. Or, cette mesure est bien autrement grave cependant que l'audition d'un témoin : elle n'a pas seulement pour effet d'ouvrir les portes d'un domicile que la loi déclare inviolable, elle abandonne aux recherches la maison tout entière, tous les papiers domestiques, tous les secrets de la famille. L'officier de police présente-t-il des garanties et une responsabilité suffisantes pour rassurer ces intérêts ?

On oppose enfin un motif qui a été quelquefois mis en avant quand on a cherché à faire fléchir les règles légales, la nécessité du service judiciaire. Que le juge soit appelé simultanément sur plusieurs points de son ressort pour y faire des perquisitions, comment pourra-t-il y suffire ? La réponse est simple : il les fera successivement ; et on peut ajouter que la facilité plus grande des communications dans toutes les localités fait tomber aujourd'hui cette objection. Et d'ailleurs, faudrait-il donc admettre qu'il suffit d'alléguer la nécessité du service pour justifier une infraction à des prohibitions légales, une diminution des garanties accordées à la cité, une délégation à des officiers inférieurs des pouvoirs de l'instruction ? N'est-il pas permis de penser que le législateur a mesuré cette nécessité et lui a fait sa part ; qu'il avait devant les yeux d'autres nécessités sociales qu'il fallait également sauvegarder ; qu'il a voulu concilier l'intérêt de la répression des délits avec l'intérêt de l'inviolabilité du domicile ? Et quand sa sollicitude, loin d'apporter aucune entrave à l'action de la justice pénale, s'est bornée à prescrire l'intervention du juge lui-même, et à présenter aux citoyens la présence de ce magistrat comme une garantie de la nécessité de la mesure et des précautions prises dans son application, faut-il, par une interprétation étroite et rigide des textes de la loi, chercher à diminuer ou effacer ses formes les plus prévoyantes et les plus protectrices ?

On ne prétend nullement soutenir que l'irrégularité d'une délégation, dans une procédure criminelle, puisse exercer quelque influence sur sa validité. Notre Code, avare de nullités dans les actes de l'instruction préalable, s'est borné, en général, à poser les règles de cette instruction, et ne leur a donné aucune sanction. Mais cette sanction existe dans la conscience du juge, qui ne puise que dans la loi les droits qu'il exerce et ne doit jamais

domicile du prévenu? Cette expression comprend en général tous les lieux qui sont présumés receler les pièces de conviction. La loi ne fait point d'exception : l'intérêt de la justice, qui est la manifestation de la vérité, veut que ses perquisitions s'étendent partout où elle est fondée à croire que ces pièces ont été cachées. Ainsi, il importe peu que le lieu où le juge croit devoir se transporter soit public ou privé, qu'il soit le siège d'un service général ou la demeure d'une famille, la loi ne pose aucune restriction, aucune limite : tous les intérêts, tous les droits s'inclinent devant le droit de la justice. La destination des lieux, leur affectation à tel ou tel emploi, peuvent motiver, suivant les circonstances, une circonspection plus grande, une réserve plus sévère ; elles n'apportent aucune entrave à l'action judiciaire. Il importe seulement que le juge ne perde jamais de vue que pour justifier cette mesure il faut d'abord que le fait incriminé soit de telle nature que la preuve puisse en être acquise par les effets recherchés, ensuite qu'il y ait présomption que ces effets ont été cachés dans les lieux visités, enfin que la visite soit accompagnée de toutes les formes légales. Ces règles sont la garantie des droits des tiers.

Cependant, quelque général que soit le droit du juge d'instruction, n'existe-t-il aucun cas où ce droit doive fléchir? Peut-il, par exemple, se transporter dans le cabinet de l'avocat ou du médecin pour y faire des perquisitions? Peut-il se transporter dans les dépôts publics pour y faire la saisie des choses déposées? Le droit de transport est incontestable, et la question ne peut s'élever qu'en ce qui concerne le droit de saisie. Tous les lieux sont ouverts au juge qui se présente assisté du ministère public et du greffier, agissant en vertu d'une ordonnance et pour l'instruction d'une procédure. Mais c'est sur les lieux mêmes, c'est lorsqu'il s'agit de faire telles ou telles perquisitions, de saisir tels ou tels objets, qu'un intérêt non moins élevé, non moins précieux que celui de la justice elle-même, peut apporter dans certains cas une limite à son action. Nous examinerons cette question en recherchant les conditions du droit de saisie. Voy. *infra*, n° 1817.

1808. Le juge a-t-il le droit, lorsqu'une perquisition spéciale n'a produit aucun résultat, d'ordonner une perquisition générale dans toutes les maisons d'un quartier ou d'une localité? Quelques auteurs ont résolu cette question par l'affirmative ; ils considèrent

mandes des parties qui procèdent devant lui, et de rejeter celles qui ne lui paraissent ni justes ni utiles ¹. Sans doute la loi lui impose le devoir, suivant les expressions de M. Treilhard, « de réunir avec le soin le plus scrupuleux tout ce qui peut tendre à la découverte du coupable; » mais c'est précisément parce que tel est son devoir, qu'il a en même temps le droit d'examiner les mesures les plus propres à atteindre le but que la loi lui impose. Chargé de ne négliger aucun moyen pour découvrir la vérité, il lui appartient de déterminer et choisir les moyens de l'instruction.

§ V. Règles des visites domiciliaires.

1810. Après avoir établi l'étendue et les limites du droit du juge d'instruction, relativement aux visites domiciliaires, il faut examiner les règles qu'il doit observer dans l'exercice de ce droit.

La première de ces règles est que le prévenu doit être présent. L'article 39 du Code d'instruction criminelle, que l'article 89 déclare commun au juge d'instruction, porte : « Les opérations prescrites par les articles précédents seront faites en présence du prévenu, s'il a été arrêté; et s'il ne veut ou ne peut y assister, en présence d'un fondé de pouvoir qu'il pourra nommer. » Il en était ainsi dans notre ancien droit. « Pour faire cette perquisition, dit Jousse, le juge doit se transporter en la maison de l'accusé avec le greffier, et pour faire une procédure exacte, il doit y faire conduire l'accusé, pour faire, en sa présence, la description des effets, et si l'accusé était absent ou en contumace, cet examen doit être fait en présence de la partie publique ². »

Le motif de cette règle est évident. Il est de l'intérêt du prévenu, ou pour mieux dire, de l'intérêt de la justice elle-même, que toutes les opérations extérieures de l'instruction soient faites contradictoirement : ces opérations, dont plus tard doivent sortir les preuves, acquièrent une importance plus grande quand le prévenu en est témoin, quand il peut être interpellé de donner des explications, et quand toutes ses réponses sont consignées au procès-verbal. Les charges ne sont régulièrement acquises que lorsqu'elles sont soumises à la contestation incessante de la défense.

¹ Voy. *suprà* n° 1616.

² Tom. II, p. 62.

La loi ne prescrit toutefois la présence du prévenu que *s'il a été arrêté*; la visite, en effet, suppose un fait grave, et si le prévenu n'a pas été arrêté, il y a lieu de présumer qu'il est en fuite. Mais la loi ajoute : *et s'il ne veut ou ne peut y assister*, en présence d'un fondé de pouvoir. « Ces mots, dit M. Mangin, sont destinés à pourvoir au cas où le prévenu arrêté ne peut être transporté, *et à celui où il n'a pas été arrêté* ¹. » Cette dernière hypothèse nous paraît erronée. La loi ne prévoit qu'un cas, celui de l'arrestation : les mots *et s'il ne veut ou ne peut*, rattachés à la phrase précédente par la conjonction, prouvent que la loi continue à parcourir les différentes phases du cas de l'arrestation. Il est certain que les mots *s'il ne peut* se rapportent au cas d'impossibilité matérielle, par exemple, s'il est blessé ; mais, à moins de contredire le sens visible des termes, il faut admettre que ces autres mots *s'il le veut* se rapportent au cas où, présent et non empêché, il refuse d'assister personnellement à l'opération. La loi n'a pas pensé, quoiqu'il soit utile, même à l'intérêt de la poursuite, de confronter le prévenu aux choses saisies, qu'il y eût lieu d'employer la contrainte pour vaincre sa résistance. Il peut nommer un fondé de pouvoir pour le remplacer, et comme la loi n'exige aucune forme pour cette procuration, il suffit que la désignation faite par le prévenu soit mentionnée au procès-verbal ².

Si aucun mandat d'amener ou de dépôt n'a été décerné contre le prévenu, peut-il soit se présenter pour assister à la perquisition, soit faire admettre un mandataire pour le représenter ? Il le peut sans aucun doute. Dès qu'une prévention est dirigée contre un individu, cet individu est partie dans le procès et doit prendre part à ses actes. Ce n'est pas le mandat d'arrestation qui lui donne cette qualité, c'est la poursuite même dont il est l'objet. La loi n'a dû prévoir que le cas le plus ordinaire, mais il est évident que la raison est la même dans les deux hypothèses : que le prévenu soit arrêté ou laissé en liberté, l'intérêt de l'instruction demande sa confrontation à la saisie des pièces de conviction et veut qu'il soit mis à même de fournir ses explications.

1811. La même règle s'applique au cas où la visite a lieu au domicile d'un tiers, mais il faut ajouter que, dans ce cas, le tiers,

¹ Tom. I, p. 151.

² Conf. Carnot, tom. I, p. 245; Duverger, tom. II, p. 80.

meubles mêmes, le juge doit, autant que possible, limiter ses recherches aux objets qui peuvent se rattacher au procès ; il doit respecter tous les papiers, toutes les pièces, tous les actes qui n'y ont pas un rapport quelconque ; et si, dans ses investigations, il est amené à prendre communication d'actes dont le secret intéresse des tiers, ses fonctions lui imposent le devoir de ne le jamais révéler. Il ne doit, du reste, associer aux opérations auxquelles il procède ni le procureur impérial, qui n'a d'autre mission que de requérir, ni le greffier, dont toute la fonction consiste à écrire le procès-verbal sous la dictée du juge, et à en rendre les constatations authentiques par sa présence ¹.

§ VI. De la saisie des pièces de conviction.

1814. Le but des visites domiciliaires opérées par le juge d'instruction est la saisie des papiers, effets et généralement de tous les objets qui sont jugés utiles à la manifestation de la vérité.

Ce droit de saisie est établi par les articles 35, 37 et 89 du Code d'instruction criminelle. L'article 35 porte : « Le procureur impérial se saisira des armes et de tout ce qui paraîtra avoir servi ou avoir été destiné à commettre le crime ou le délit, ainsi que de tout ce qui paraîtra en avoir été le produit, enfin de tout ce qui pourra servir à la manifestation de la vérité. » L'article 37 ajoute : « S'il existe dans le domicile du prévenu des papiers ou effets qui puissent servir à conviction ou à décharge, le procureur impérial en dressera procès-verbal et se saisira desdits effets ou papiers. » Enfin l'article 89 déclare que « les dispositions des articles 35 et 37, concernant la saisie des objets dont la perquisition peut être faite par le procureur impérial, dans le cas de flagrant délit, sont communes aux juges d'instruction ».

Il résulte de ces textes que la loi a armé le juge d'instruction du droit le plus absolu de saisir tous les objets qui peuvent servir à la manifestation de la vérité. L'examen et la représentation de ces objets sont l'un des éléments les plus précieux de la preuve ; il était indispensable qu'ils fussent placés sous la main de la justice. Cette disposition est commune à toutes les législations pénales.

¹ Conf. Mangin, tom. I, p. 153.

Mais deux règles, que nous avons déjà eu l'occasion d'énoncer en examinant la procédure du flagrant délit ¹, ressortent des mêmes textes.

La première est que la saisie n'est qu'un moyen d'instruction; elle ne s'empare des choses qu'à titre d'indices ou de preuves, et pour servir à la manifestation de la vérité; elle diffère en cela de la saisie qui est pratiquée en matière fiscale, et qui place les choses sous la main de la justice, non point comme un élément de la preuve, mais comme un élément de la peine, non point comme un moyen d'instruction, mais comme un moyen de répression (n° 1336). De là la conséquence que le juge d'instruction ne doit saisir que les objets qui sont de nature à devenir des moyens de preuve.

La deuxième règle est que la saisie doit atteindre tous les objets qui peuvent servir non-seulement à conviction, mais encore à *décharge*. Cette disposition de l'article 37 n'est que la stricte application du principe que nous avons précédemment posé, que le juge doit instruire tant à charge qu'à décharge (voy. n° 1654); en d'autres termes, il ne doit point séparer la preuve à charge de la preuve à décharge; il ne recherche spécialement ni la culpabilité de l'inculpé ni son innocence; toutes ses investigations ne doivent tendre qu'à la manifestation de la vérité ².

1815. Les objets qui, aux termes de la loi, peuvent être saisis sont 1° les armes et instruments qui paraissent avoir servi ou avoir été destinés à commettre le crime ou le délit; 2° tout ce qui paraît en avoir été le produit; 3° les effets qui, autres que les instruments ou les produits du fait, peuvent servir à la manifestation de la vérité.

Un caractère commun à tous ces objets est qu'ils puissent servir à conviction ou à décharge, c'est-à-dire qu'ils aient un rapport immédiat avec le fait incriminé, qu'ils contiennent en eux-mêmes des indices de l'existence ou de la non-existence, de la gravité plus ou moins intense de ce fait. C'est cette relation de l'objet avec le délit qui fait le titre de la saisie; car c'est là ce qui fait présumer son utilité.

Les armes et instruments qui ont servi ou ont été destinés à

¹ Voy. notre tome III, chap. IX, n° 1326 et suiv.

² Conf. Mittermaier, Traité de la preuve, chap. XVIII.

cipe général de la matière, ne doit rencontrer aucun obstacle en ce qui concerne la vérification et la saisie des actes et papiers.

1818. Le même droit peut-il être exercé dans le cabinet d'un avocat ou d'un avoué? Cette question s'était élevée dans notre ancienne jurisprudence. Une perquisition ayant été opérée dans l'étude d'un procureur pour y saisir des lettres d'un de ses clients, ce procureur demanda la nullité de la saisie en soutenant que les avocats et les procureurs, dépositaires des secrets qui leur sont confiés, devaient fidèlement les garder et que leur étude était comme un lieu d'asile où les parties pouvaient mettre leurs lettres et leurs papiers à couvert. Cette doctrine fut complètement sanctionnée par un arrêt du parlement de Toulouse, du 12 février 1672, qui ordonna que les lettres saisies seraient rendues et restituées¹.

Le principe consacré par cet arrêt doit-il encore être suivi? Il faut poser une distinction : le cabinet de l'avocat ou de l'avoué n'est, pas plus qu'un autre lieu, à l'abri des recherches de la justice; il ne peut y avoir de privilège en faveur d'une profession, quelque élevée qu'elle soit, quand il n'en existe pour aucune fonction; l'intérêt de la justice domine tous les intérêts particuliers. Ainsi, si la prévention est dirigée contre l'avocat lui-même ou si elle a pour objet des faits étrangers à l'exercice de sa profession, le juge a le droit de procéder à toutes les perquisitions, à toutes les saisies qu'il croit utiles; il n'y a point de raison de le lui contester. Mais la question n'est plus la même quand il s'agit de rechercher et de saisir les lettres et papiers déposés chez l'avocat ou l'avoué en leur qualité et par une partie qui leur a confié ou doit leur confier sa défense. Ce n'est plus, en effet, le lieu qu'il s'agit de soustraire aux investigations, ce sont les objets déposés, ce sont les papiers confiés à la foi de l'avocat ou de l'avoué, ce sont les secrets de la défense. Le droit du juge ne doit-il pas s'arrêter ici?

La justice ne peut exister sans la liberté de la défense, puisqu'elle ne peut être assurée de la vérité que lorsque la prévention a été débattue par le prévenu. Or la liberté de la défense emporte le droit de répondre aux interrogatoires ou de garder le silence, de proposer ses moyens ou de les réserver. Il n'est pas

¹ Ancien Journ. du Pal., tom. I, p. 161.

foi que le secret qui la couvre sera respecté ; car, si cette confiance lui manquait, il n'y aurait plus d'épanchement, il n'y aurait plus de libre communication, et le lien de plus étroit de la société serait brisé. L'État a donc dû proclamer, en s'attribuant le monopole du transport, que les bureaux des postes étaient d'inviolables dépôts placés sous la sauvegarde de la loi, et obliger les préposés à prêter le serment *de garder et observer fidèlement la foi due au secret des lettres* ¹.

1820. Maintenant, ce principe ainsi établi oppose-t-il un obstacle insurmontable aux recherches de l'instruction ? La saisie des lettres déposées à la poste est-elle dans tous les cas, et d'une manière absolue, interdite au juge ? Nous avons déjà examiné cette question en ce qui concerne les droits des préfets (n° 1245) : la solution doit-elle être la même en ce qui concerne les droits du juge ?

Le droit de saisie, tel qu'il résulte des articles 36, 37 et 89 du Code d'instruction criminelle, et lorsque la loi l'applique spécialement aux papiers, ne s'étend qu'à ceux qui sont en la possession du prévenu, soit qu'ils se trouvent à son domicile ou au lieu de la perpétration du délit ; et si l'article 88 autorise la saisie en d'autres lieux, c'est en admettant qu'elle ne s'applique qu'aux *mêmes objets*, et qu'il y a présomption qu'ils y ont été *cachés*. M. Mangin a induit de cette dernière expression de la loi que la saisie des lettres à la poste n'était jamais permise. « On ne peut, dit-il, considérer des lettres confiées à la poste comme des objets qui y ont été cachés ². » Il ne faut peut-être pas apporter ici une interprétation trop restrictive. En admettant que les lettres puissent constituer, lorsqu'elles émanent du prévenu ou qu'elles lui sont adressées, soit le corps même du délit, soit au moins des pièces de conviction, ne semble-t-il pas qu'elles peuvent être considérées, lorsqu'elles sont déposées dans les bureaux de la poste, comme y étant momentanément cachées ? Leur dépôt dans ces bureaux, soit pour assurer les produits de l'action incriminée, soit pour en effacer les traces, ne doit-il pas avoir le même caractère que leur dépôt dans tout autre lieu ³ ?

¹ Loi 26-29 août 1790, art. 2.

² Tom. I, p. 162.

³ Conf. Arr. cass. 23 juillet 1853 (Bull., n° 369).

sous les scellés il en est qui puissent servir à conviction ou décharge, le juge de paix les joint à son procès-verbal, après les avoir paraphés et fait parapher par le prévenu à chaque feuillet. » Ainsi, le juge ne devait briser les scellés mis sur les papiers qu'en présence du prévenu, et chaque papier représenté à celui-ci, qui était interpellé de le reconnaître, était paraphé par lui ou mention était faite de son refus.

Ces formes devraient encore être suivies. Il faut ajouter qu'au cas où une lettre aurait été saisie, le cachet ne devrait en être brisé, par application des mêmes règles, qu'en présence du prévenu, auquel il serait donné lecture du contenu ¹.

1823. Les effets, pièces et papiers saisis, sont transportés au greffe du tribunal auquel est attaché le juge d'instruction saisi de l'affaire; ils y sont conservés jusqu'au jugement du procès ².

Toutefois, si parmi ces effets il en est qui soient inutiles comme pièces de conviction, le juge d'instruction peut prescrire par une ordonnance qu'ils seront restitués au propriétaire. Telle était la disposition de l'article 7 du titre XIII de l'ordonnance de 1670. Dans quelques cas, le juge ne les rendait que sous caution de les représenter. « Si ces effets sont réclamés, dit Jousse, ou s'il y a lieu de craindre qu'ils n'aient été volés, le juge ne doit les rendre ou les adjuger que sous la caution par le propriétaire de les représenter à la justice, s'il en est ainsi ordonné, pour servir à l'instruction du procès ³. » Il suffit, dans notre jurisprudence actuelle, que la demande du réclamant soit communiquée au procureur impérial, afin qu'il prenne des conclusions et qu'il puisse s'opposer à la remise si elle lui semblait compromettre les intérêts de la justice. La Cour de cassation a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt qui avait suivi cette marche, en déclarant « que le mode prescrit par l'arrêt attaqué pour la remise desdites pièces est conforme aux règles générales de la matière, et qui sont prescrites par le Code dans les rapports du juge d'instruction et du ministère public ⁴. »

¹ Conf. arr. Paris 30 janv. 1836 (J. P., tom. XXVtt, p. 1012).

² Art. 228 Cod. d'instr. crim.

³ Tom. II, p. 65.

⁴ Arr. Cass. 13 mai 1824, non imprimé, et conf. Mangin, tom. I, p. 156.

à l'acte ou procès-verbal qui contient les dépositions des témoins qui sont entendus sur le crime pour raison duquel on informe. Ainsi, dans ce sens, l'information est en matière criminelle ce qu'est l'enquête en matière civile¹. »

L'information a donc, dans la langue du droit, une double signification : dans son acception la plus étendue, elle comprend tous les actes de l'instruction préalable ; dans son acception restreinte, l'audition des témoins seulement. C'est ce dernier sens que l'article 76 de notre Code, conforme à l'ancien droit², a donné à cette expression ; c'est aussi le sens que nous lui conservons.

Tous les anciens criminalistes posaient en principe que l'information est la base et le fondement du procès-criminel³ ; or, son importance n'a pas diminué dans la législation moderne ; car si les récolements et les confrontations des témoignages ont été remplacés par le débat public, l'information a continué d'être la base principale de l'instruction et la source où la mise en prévention puise tous ses éléments. Tous les soins du juge doivent donc être employés à construire avec solidité ces premiers fondements de la procédure.

1825. En premier lien, deux règles générales dominent toute l'information : elle doit être faite *par écrit* et *secrètement*⁴.

Elle doit être faite *par écrit*. Dès que le juge d'instruction n'a pour mission que d'instruire et non de juger, ce n'est pas seulement pour acquérir la connaissance personnelle des faits qu'il poursuit ses investigations, c'est pour transmettre cette connaissance aux juges qui doivent prononcer sur l'instruction et en apprécier les résultats ; or, le mode de cette transmission ne peut être que l'écriture. Toute la procédure préalable n'est qu'un procès-verbal qui constate toutes les recherches du juge, toutes les dépositions des témoins, et qui doit servir d'élément au jugement provisoire qui statue sur la mise en prévention.

Nous avons précédemment apprécié les caractères de cette pro-

¹ Tom. II, p. 1.

² Ord. 1670, tit. VI.

³ Ayrault, liv. III, 2^e part., n. 39 ; Bruneau, p. 63 ; Muyart de Vouglans, Inst., p. 226.

⁴ Voy. *suprà* n° 1553.

titre IV, de la loi du 16-29 septembre 1791 portait : « Les dépositions des témoins seront faites et reçues par écrit devant l'officier de police, mais *en présence du prévenu*, s'il est arrêté. » Les articles 115 et 116 du Code du 3 brumaire an IV étaient ainsi conçus : « Si le prévenu est arrêté lors de la comparution des témoins, ils font leurs déclarations, chacun séparément, *en sa présence*. S'il n'est arrêté qu'après leur audition, le juge de paix lui donne la lecture de leurs déclarations, mais sans lui en délivrer copie. » Enfin, l'article 10 de la loi du 7 pluviôse an X portait : « Le prévenu sera interrogé avant d'avoir eu communication des charges et dépositions; lecture lui en sera donnée après son interrogatoire, et, s'il le demande, il sera de suite interrogé de nouveau. » Le principe de la législation nouvelle était donc la communication de la procédure.

Entre ces deux systèmes contraires, quel est le système de notre Code? Il n'a reproduit en termes exprès aucune des dispositions des deux législations qui l'ont précédé, et s'il paraît adopter le principe de la législation ancienne, il ne le consacre pas, du moins d'une manière absolue. L'article 73 dispose que les témoins seront entendus séparément et hors la présence du prévenu. Les articles 302 et 305 portent que l'accusé aura communication des pièces de la procédure après l'arrêt de la chambre d'accusation. On a conclu de ces dispositions que, jusqu'à cette époque, toute communication de ces pièces était interdite et que, par conséquent, la procédure était secrète. La Cour de cassation a déclaré « que, de l'ensemble des dispositions du Code, et particulièrement des articles 302 et 365, il résulte que la procédure en matière criminelle doit rester secrète jusqu'au moment où l'accusé, étant renvoyé devant la cour d'assises, a été interrogé par le président de cette cour; que c'est, en effet, à partir de ce moment que commence pour l'accusé le droit de conférer avec un conseil et d'avoir copie ou communication de la procédure ¹. »

1827. Nous croyons aussi que notre Code a voulu faire revivre le principe du secret de l'instruction. Toutes les règles de la procédure écrite ont été puisées dans notre ancien droit; c'est le système inquisitorial qui en domine toutes les dispositions, et le

¹ Arr. cass. 19 mai 1827 (J. P., tom. XXI, p. 450); 31 août 1833 (J. P., tom. XXV, p. 867).

au moment où un fait s'accomplit, en atteste la vérité ¹. Or, lorsque cet homme raconte ce qu'il a vu et entendu, n'est-ce pas le moyen le plus sûr de le savoir? Que sont les indices, les traces, les expertises à côté de cette preuve flagrante qui fait revivre le fait lui-même avec le caractère qui lui est propre? Ce ne sont plus des vestiges qu'il faut interroger, des actes matériels qu'il faut expliquer, des pièces à conviction qu'il faut commenter, c'est une réponse à toutes les questions, une explication vivante de l'événement, un commentaire de toutes les circonstances inexplicables par les procès-verbaux. Les témoins, suivant l'expression de Bentham, sont les oreilles et les yeux de la justice ². C'est par eux, en effet, que le juge voit et entend les faits qu'il apprécie; ses interrogations prolongent, pour ainsi dire, la puissance de ses sens et l'étendent jusqu'aux lieux, jusqu'au temps où ces faits se sont passés; il les aperçoit lui-même, il en devient, en quelque sorte, le témoin.

Mais ce merveilleux instrument de la vérité, comme toutes les choses humaines, a ses imperfections et ses débilités. L'homme est sujet à trop de passions, à trop de préjugés, à trop de faiblesses, pour que tous ses actes n'en portent pas quelque empreinte. Ce qu'il voit ou ce qu'il croit voir n'est pas toujours ce qui est. Il est facile d'indiquer les principales causes de ses erreurs. La plus redoutable est l'intérêt personnel : animé d'un intérêt quelconque, l'homme ne peut plus être impartial; sa conscience se trouble; il ne contemple les choses qu'à travers les pertes qu'il a subies ou les avantages qu'il convoite; il est impuissant à en percevoir une image exacte et fidèle. Il en est ainsi toutes les fois qu'il est agité par des affections ou des haines, par la crainte ou le désir de la vengeance : les faits se transforment devant ses regards prévenus et prennent des proportions mensongères. Et ces déviations ont lieu à son insu et lors même qu'il n'aurait aucune intention de céder la vérité : l'intérêt ou la prévention se trahit dans ses déclarations, dans les termes qu'il emploie, dans les faits sur lesquels il insiste, dans ceux qu'il passe sous silence; l'agitation seule de son esprit lui fait oublier les

¹ Le mot latin *testis*, en rapport de sens et d'origine avec les mots *antesto*, *antisto*, désigne l'individu qui se tient directement en face de l'objet et qui en garde l'image, Mittermaier, chap. XXXVIII; Carmignani, tom. IV, p. 150.

² Tom. II, p. 93.

néité exigées des témoins, les classes distinctes des témoignages et les degrés infinis de probabilité attachés à chaque classe. Les formes bizarres de cette jurisprudence, aussi curieuse qu'extraordinaire, ont été précédemment exposés (n° 358 et suivants).

La loi du 16-29 septembre 1791 et le Code du 3 brumaire an IV, en rétablissant la déposition orale des témoins et le débat public, ne supprimèrent pas les déclarations écrites de la première information. Mais le législateur eut soin de leur donner un caractère nouveau. « Ces déclarations, portait l'instruction du 29 septembre 1791, ne sont point destinées à faire charge au procès : leur principal objet est de corroborer la plainte, et de servir à l'officier de police pour la conduite qu'il doit tenir envers les personnes inculpées. Lorsque le temps de l'action de police sera écoulé et que la justice sera entrée en connaissance de l'affaire, ces dépositions écrites produiront encore le bon effet de soutenir la conscience des témoins trop pusillanimes, lesquels s'expliqueront avec plus de franchise quand ils se sentiront appuyés sur les déclarations écrites, sans néanmoins être liés par elles..... Il a paru nécessaire, pour ne laisser aucune ambiguïté sur la nature de ces déclarations, de spécifier avant tout l'usage auquel elles étaient destinées : le plus grand des inconvénients serait qu'on pût les considérer comme les dépôts des vraies charges du procès, et y chercher la vérité de préférence à ce qui doit résulter des dépositions orales, de l'examen et du débat. » Ainsi, les déclarations écrites, reçues par les officiers de police dans le cours de la première instruction, n'étaient que de simples renseignements et n'avaient aucune force probante.

1831. Notre code, ici comme dans la plupart des dispositions de l'instruction préalable, a puisé dans l'ancienne législation les principaux éléments du système qu'il a adopté.

Il établit, d'abord, en se conformant à la fois à cette législation et aux lois de 1791 et de l'an IV, deux auditions de témoins : l'une, préparatoire, devant le juge d'instruction ; l'autre, définitive, dans le débat public qui a remplacé les récolements et les confrontations. Mais il est facile de reconnaître, en examinant de près la première de ces auditions, qu'elle s'écarte en tous points des formes prescrites par la législation de l'Assemblée constituante.

désigner lui-même les témoins qu'il voulait entendre dans l'information. Cette règle n-t-elle été maintenue par le Code d'instruction? L'article 71 porte : « Le juge d'instruction fera citer devant lui les personnes qui auront été indiquées par la dénonciation, par la plainte, par le procureur impérial ou autrement, comme ayant connaissance soit du crime ou du délit, soit de ses circonstances. » Il est clair que ce texte diffère essentiellement du texte de l'ordonnance. Les témoins ne sont plus *administrés* par le ministère public ou les parties civiles; ils sont simplement *indiqués*; et cette indication lie si peu le juge que la loi met sur la même ligne celle du ministère public, du plaignant, qui n'est pas même partie civile, et du dénonciateur; le juge peut même la puiser en dehors des renseignements qui lui sont fournis par le ministère public ou le plaignant, puisqu'il doit faire citer les personnes qui lui sont indiquées *autrement*. Il est donc investi à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire; il peut faire citer toutes les personnes qu'il juge convenable de faire entendre dans l'instruction.

Quelle est la règle qu'il doit suivre à cet égard? Il serait difficile de la tracer avec précision. Sans aucun doute, il doit éviter d'appeler un trop grand nombre de témoins. C'est là un abus que la jurisprudence a toujours voulu refréner. La loi romaine le signalait aux juges : *Quamquam quibusdam legibus amplissimus numerus testium definitus sit : tamen ex constitutionibus principum hæc licentia ad sufficientem numerum testium coarctatur, ut judices moderentur, et eum solum numerum testium quem necessarium esse putaverint, evocare patiantur : ne effrenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur*¹. De là la règle posée par les anciens légistes : *Non debent testes in effrenato numero examinari*². Mais dans quels cas le nombre des témoins était-il abusif? Ils ne le disent pas et n'auraient pu le dire. Il est certain que lorsqu'un fait est attesté par deux ou trois témoins, il est inutile d'en appeler un plus grand nombre pour faire preuve du même fait; mais chaque témoin peut apporter une circonstance nouvelle, un autre point de vue, et c'est prendre une grande responsabilité que de l'éla-

¹ Arcadius, l. 4, Dig., De testibus.

² Farinacius, quest. 80, n. 115.

élève une sorte de présomption qu'ils déposent avec trop de facilité : *faciles ad testimonium ferendum, facile mentiuntur*¹. Les témoins doivent donc justifier, par la production de la citation, qu'ils ne se présentent que pour obéir à la justice².

Aux termes de l'article 72, « les témoins seront cités par un huissier ou par un agent de la force publique, à la requête du procureur impérial ». Il suit de là que le juge d'instruction doit rendre une ordonnance nommée *cédula* pour indiquer les témoins qu'il se propose d'entendre et le jour où ils devront comparaître devant lui; cette ordonnance, transmise au procureur impérial, est exécutée à sa requête. Ces citations sont faites soit par les huissiers du lieu de la résidence des témoins, soit par les huissiers du chef-lieu d'arrondissement, qui peuvent, avec un mandement exprès, instrumenter hors du canton de leur résidence³, soit, dans les cas d'urgence, par les gendarmes⁴, soit enfin par les gardes champêtres et les gardes forestiers.

1835. Toute personne citée pour être entendue en témoignage doit obéir à la citation.

Le témoignage, en effet, est un devoir à la fois moral et civique. Tout homme a l'obligation de déclarer à la justice tout ce qu'il a vu et entendu sur les faits qu'elle poursuit; car ce qu'il a vu et entendu est un élément nécessaire des jugements qu'elle va rendre; son refus de comparaître ou de déposer, en privant le juge des lumières qui lui sont indispensables pour juger, aurait pour résultat d'égarer ses décisions, en leur laissant une base erronée; il se rendrait complice de ses erreurs en lui déniait son témoignage⁵. Il accomplit en même temps un devoir civique; car, membre de la société, il lui doit son concours lorsqu'elle cherche à assurer la répression des crimes et des délits. Le citoyen aux yeux duquel un fait incriminé a été exécuté revêt accidentellement une sorte de caractère public; appelé à instruire le juge de ce qu'il sait, il n'est pas l'auxiliaire de la prévention, il est l'auxiliaire de la justice; il fournit au jugement ses éléments, il

¹ Glos. ad l. 18, Cod., De testibus.

² Conf. Bonnier, tom. II, p. 75; Jousse, tom. II, p. 77; Carnot, tom. I, p. 334; Legraverend, tom. I, p. 256.

³ Décrets des 18 juin 1811, art. 84, et 14 juin 1813, art. 24 et suiv.

⁴ Ord. du 29 oct. 1820, art. 68.

⁵ Ayrault, liv. III, 2^e part., n. 21.

1836. Nul ne peut être affranchi de l'obligation d'obtempérer à la citation sous le prétexte ou que ses déclarations pourraient lui porter préjudice, ou qu'il serait lié par la promesse de taire tout ou partie de la vérité, ou qu'il répugnerait à sa conscience soit de prêter serment, soit de faire des révélations en justice ¹. L'intérêt personnel du témoin, de quelque nature qu'il soit, s'efface devant l'intérêt social, qui exige son témoignage; la convention qu'il aurait pu consentir est nulle, et sa persistance à l'exécuter pourrait devenir, dans certains cas, un véritable crime; enfin, ses opinions individuelles, quelque consciencieuses qu'elles soient, ne peuvent le dégager de ses obligations envers le pays.

Nul ne peut également invoquer, pour être exempté de déposer; soit une dignité, quelque élevée qu'elle soit, soit des fonctions, quelle que soit leur importance ². Les articles 510 et suivants du Code d'instruction criminelle ont introduit à l'égard de certains dignitaires ou fonctionnaires une forme particulière pour recevoir leurs dépositions; mais ils ne sont pas dispensés de déposer; car, comment serait-il possible de priver la justice d'une déposition qui peut l'éclairer? Qu'importe le rang du témoin qui apporte la vérité? Et comment sa dignité serait-elle offensée par l'accomplissement d'un devoir qui incombe à tous les citoyens?

La loi reconnaît néanmoins trois causes qui peuvent dispenser le témoin tantôt de comparaître, tantôt de déposer après avoir comparu :

1° Les excuses fondées sur une impossibilité de comparaître, telle que l'absence ou la maladie : la déposition, dans ce cas, peut être reçue soit par le transport du juge, soit par voie de commission rogatoire ;

2° Les prohibitions de déposer résultant soit de la parenté ou alliance entre les parties, soit de l'intérêt personnel du témoin au procès ;

3° Les dispenses établies dans un intérêt d'humanité, dans un intérêt moral ou dans un intérêt social, en faveur de quelques personnes que leur profession oblige à garder les secrets qui leur sont confiés.

Nous allons examiner ces trois catégories d'excuses ou d'exemptions.

¹ Mittermaier, p. 322.

² Conf. Jousse, tom. II, p. 78; Serpillon, tom. I, p. 450.

§ IV. *Excuses des témoins.*

1837. La personne citée pour comparaître devant le juge a la faculté de présenter des excuses.

Dans notre ancien droit, ces excuses prenaient le nom d'*excoines*. « On entend par *exoine*, dit Jousse, toute excuse légitime qui empêche une personne citée pour comparaître personnellement en justice de pouvoir obéir à la citation qui lui est signifiée ¹. »

Ces excuses ne peuvent être fondées que sur l'impossibilité de comparaître. Ainsi, il ne suffirait pas que la personne citée prétendit n'avoir rien à déclarer sur l'affaire qui motive la citation ; il ne lui appartient point d'apprécier l'utilité de sa déposition, ni même de prévoir l'effet qu'elle peut avoir ; il ne lui appartient point non plus de discuter les ordres de la justice : il doit s'y soumettre. Il ne peut donc alléguer qu'une impossibilité ².

Quelle doit être la nature de cette impossibilité ? Doit-elle être exclusivement matérielle ? Peut-elle être seulement morale ? L'absence lointaine, la maladie grave, l'emprisonnement, l'inondation qui rend le chemin impraticable, sont des causes matérielles qui font évidemment obstacle à la comparution du témoin ; mais, en dehors de ces causes, le témoin peut-il alléguer la maladie de ses proches, l'urgence de ses affaires, le soin de sa sûreté personnelle en temps de guerre ou de maladie épidémique ? Les anciens légistes considéraient toutes ces excuses comme admissibles, lorsque celui qui les alléguait était de bonne foi ³. L'article 81 du Code d'instruction criminelle laisse également au juge le pouvoir d'apprécier si les excuses sont légitimes ; il n'en détermine point le caractère. Il serait en effet bien rigoureux, lorsqu'une personne citée pour comparaître à un jour fixé sollicite un bref délai pour obtempérer à cette citation, en motivant sa demande sur la maladie d'un membre de sa famille ou sur l'urgence d'un intérêt privé, de la considérer comme défailtante. Il ne faut pas confondre le retard qui se fonde sur un motif légitime et la désobéissance. La loi ne punit que l'infraction à l'ordre du juge ⁴.

¹ Tom. II, p. 298.

² Jousse, *cod. loc.*

³ Julius Clarus, *quæst.* 34, n. 6 ; Farinacius, *quæst.* 11, n. 55 ; Menochius, *De arb. jud.*, cas. 153, n. 6.

⁴ Voy. *suprà* n° 641.

§ V. De la prohibition d'entendre certains témoins.

1842. La loi a frappé certaines personnes, qui sont liées au prévenu par un lien étroit de parenté ou d'alliance, d'une incapacité de témoigner, non point absolue, mais relative ; elle a fondé cette incapacité soit sur la présomption que ces témoins sont suspects de partialité en faveur du prévenu, soit sur un intérêt moral qui s'oppose à ce que les membres d'une même famille soient opposés les uns aux autres dans un débat criminel. Les articles 156 et 322 du Code d'instruction criminelle portent que les dépositions des ascendants ou descendants du prévenu ou de l'accusé, ses frères et sœurs ou alliés au même degré, sa femme ou son mari, ne peuvent être reçues ; et toutefois ces deux articles ajoutent : « Sans néanmoins que l'audition des personnes ci-dessus désignées puissent opérer une nullité, lorsque soit le ministère public, soit la partie civile, soit le prévenu, ne se sont pas opposés à ce qu'elles soient entendues. » Ces dispositions s'appliquent-elles à l'instruction écrite ? Le juge d'instruction peut-il faire citer les personnes dont l'audition est prohibée par les articles 156 et 322 et recevoir leurs dépositions ?

En général, il ne faut point étendre les prohibitions de témoigner, car ces prohibitions ont pour effet de faire obstacle à la manifestation de la vérité. La loi romaine arrêta l'incapacité au second degré : *Parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt*¹. L'ordonnance de 1670 n'avait point reproduit pour les matières criminelles les prohibitions portées par l'article 11 du titre XXII de l'ordonnance de 1667, pour les enquêtes en matière civile, et le principe de la jurisprudence était d'admettre les dépositions des parents, sauf à en apprécier la valeur². Jousse, Muyart de Vouglans et Rousseaud de la Combe enseignent formellement qu'en matière criminelle les parents et alliés des parties sont reçus à déposer, sauf aux juges d'avoir tel égard que de raison à la nécessité et à la solidité de leur témoignage³.

Notre instruction écrite, qui a repris en général toutes les

¹ L. 6, Cod., De testibus ; l. 9, Dig., De testibus.

² Serpillon, tom. I, p. 464.

³ Jousse, tom. II, p. 104 ; Muyart de Vouglans, Inst. crim., p. 235 ; Rousseaud de la Combe, p. 189.

téger. Et cependant, quelque généraux que soient les motifs, la règle qui en est le corollaire a dû recevoir des restrictions. En effet, l'incapacité résultant de la parenté n'est point de sa nature absolue : fondée sur une présomption de partialité et sur une considération morale, elle ne doit pas avoir les mêmes effets dans les cas où cette présomption peut être combattue par une présomption contraire, où cette considération peut ne pas se présenter avec la même force. Il a paru impossible, dans l'intérêt non de la répression des délits, mais de la manifestation de la vérité, que la source la plus vive des preuves, les déclarations des proches, pût être entièrement fermée à la justice. Les articles 156 et 322, après avoir posé la prohibition du témoignage, ajoutent : « Sans que néanmoins l'audition des personnes ci-dessus désignées puisse opérer une nullité, lorsque soit le ministère public, soit la partie civile, soit le prévenu, ne se sont pas opposés à ce qu'elles soient entendues. » On a induit de ce texte : 1° que les reproches qui peuvent être proposés contre les témoins ne constituaient point un obstacle absolu à leur audition ; 2° que la prohibition légale n'a d'autre effet que de donner aux parties le droit de s'opposer à cette audition ; 3° qu'à défaut d'opposition, ces témoins peuvent être entendus comme s'ils étaient complètement idoines. Enfin, la jurisprudence a admis que les témoins prohibés, à l'audition desquels les parties se sont opposées, peuvent encore, et nonobstant cette opposition, être entendus, non plus, à la vérité, avec serment, mais en vertu du pouvoir discrétionnaire et à titre de renseignements. Ainsi restreinte, que devient la prohibition ? Subordonnée d'abord à l'opposition des parties, éludée ensuite, lors même que les parties s'opposent, par le pouvoir discrétionnaire du président, existe-t-elle réellement ? Les restrictions qu'elle subit ne tendent-elles pas au moins à l'effacer entièrement ? On peut dire que la nécessité des choses l'a voulu ainsi, que les tribunaux ne peuvent être privés des renseignements les plus précieux, que la règle ainsi circonscrite permet de concilier les exigences de la morale et les exigences de la justice. Nous ne discutons point ici cette interprétation que nous examinerons ultérieurement ; nous en inférons seulement que l'on ne doit voir dans les articles 156 et 322 qu'une prohibition relative et non point absolue, facultative et non point obligatoire, de procéder à l'audition des proches parents.

la loi à aucune époque de la procédure. Ce témoignage est suspect, parce que l'individu qui a dénoncé un délit est naturellement porté à faire tous ses efforts pour soutenir la sincérité de sa dénonciation; aussi l'article 323 du Code d'instruction criminelle a voulu que le jury fût averti de sa qualité. De là il suit que la déposition du dénonciateur doit être soigneusement pesée; mais il n'existe aucun motif pour l'écarter. La difficulté ne peut s'élever qu'à l'égard du dénonciateur dont la dénonciation est *récompensée pécuniairement par la loi*, et que les articles 322 et 323 rejettent du rang des témoins. Mais, comme la prohibition de l'entendre est subordonnée, comme celle des proches parents, à l'opposition de l'accusé, et que la loi ne l'a d'ailleurs formulée qu'en ce qui concerne le débat, sans l'étendre à l'instruction, il faut décider que le juge d'instruction peut recevoir son témoignage, sauf à en apprécier la valeur. Il est dans la mission de l'instruction préalable de recueillir tous les renseignements, toutes les dépositions, tous les indices : le soin de les peser, d'écarter ceux qui sont suspects, de discerner ceux qui sont probants ou non probants, appartient à l'instruction définitive.

Les plaignants peuvent, comme les dénonciateurs, être entendus comme témoins; ils ne sont point parties au procès, et si la lésion qu'ils prétendent avoir éprouvée peut frapper leur témoignage d'une sorte de suspicion, c'est un motif pour l'examiner avec soin et non pour le rejeter. Mais, lorsqu'ils se sont constitués parties civiles, soit par la plainte même, soit par acte subséquent devant le juge d'instruction, peuvent-ils encore être appelés à titre de témoins? Cette question se présente dans les mêmes termes dans l'instruction et dans le débat oral, attendu que sa solution dépend du point de savoir si la partie civile est frappée d'une incapacité de témoigner absolue ou seulement relative. Nous croyons donc, pour ne pas scinder une discussion importante, devoir la renvoyer à la procédure devant la cour d'assises¹.

En tous cas, la prohibition qui peut frapper le témoignage de la partie civile ne s'étend pas aux parents et alliés de cette partie. Quelques doutes étaient sortis sur ce point des termes de l'article 317 du Code d'instruction criminelle, qui porte « que le

¹ Voy., au surplus, notre dissertation sur cette question, *Revue de législation*, 1843, tom. I, p. 86.

révélations qui leur ont été faites, ils n'ont aucun droit de les retenir; c'est que le dépôt de ces confidences, étant volontaire et non nécessaire, n'a pas droit à la même protection. Mais quand les révélations ont été faites à une personne préposée par la société elle-même pour les recevoir et pour porter son secours à une souffrance, à un intérêt froissé, à un droit opprimé, comment lui demander de les trahir? Ne serait-ce pas supprimer le secours lui-même, l'appui que toute souffrance, que toute lésion doit trouver près d'elle, le bénéfice, en un mot, de la vie commune? La société, qui a fait ces institutions tutélaires, ne serait-elle pas profondément troublée si elles étaient ébranlées? Ne sont-elles pas un des éléments de l'ordre général qui préside à toutes les relations humaines et qui donne un protecteur commun à tant d'intérêts opposés? C'est donc la force même des choses qui fait la dispense toutes les fois qu'elle est la condition nécessaire des rapports qui sont la vie sociale elle-même.

Les professions auxquelles la jurisprudence a reconnu, dans certains cas et dans une certaine mesure, la dispense de déposer, sont celles : 1° des médecins, chirurgiens, sages-femmes et pharmaciens; 2° des ministres des cultes; 3° des avocats et des avoués; 4° des notaires.

1847. Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens et sages-femmes, ont la faculté de ne pas déposer sur les faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Cette faculté, que notre ancienne jurisprudence avait également consacrée¹, est fondée sur une raison d'humanité. Il ne faut pas qu'une personne malade ou blessée soit privée du secours d'un homme de l'art, par la crainte que les soins qu'elle a reçus et par conséquent sa maladie ou sa blessure, qui peut être le résultat d'un délit, soient révélés à la justice. L'intérêt de la conservation de la vie des citoyens et de l'honneur des familles exige le secret.

Cette règle n'a point été établie sans résistance. Un édit de décembre 1666, portant règlement pour la police de Paris, disposait que « les maîtres chirurgiens seraient tenus de déclarer au commissaire du quartier les blessés qu'ils auront pansés chez eux ou ailleurs, pour en être fait par ledit commissaire son rapport à la police ». Deux ordonnances de police, des 8 novembre 1780 et

¹ Jousse, tom. II, p. 404; Muyart de Vouglans, Inst. crim., p. 234.

Il est clair que cette décision tranche nettement notre question. Car, si elle étend l'inviolabilité de la confession à une révélation faite en dehors de cet acte sacramentel, elle constatait en même temps que cette révélation n'était que la suite et le complément de la confession, qu'elle avait été faite au même titre et sous le sceau du même secret. Ainsi, cet arrêt maintient, tout en l'appliquant à des faits qui avaient suivi la confession, le principe qui n'accorde le secret qu'à la confession même, puisqu'il y fait rentrer ces faits.

Mais cette solution, plutôt indiquée que développée par cet arrêt, a été fortement contestée. Dans une espèce où les faits sur lesquels il était appelé à déposer étaient venus à sa connaissance dans l'exercice de sa juridiction épiscopale, l'évêque d'Angers a prétendu qu'il était dispensé du témoignage, et la cour d'appel d'Angers a déclaré que ce refus était légitime : « Attendu qu'il est constant que les faits sur lesquels le témoignage de l'appelant a été demandé ne se seraient pas passés à sa connaissance personnelle ; qu'ils ne lui auraient point non plus été appris par les voies ordinaires ni par des communications spontanées ; mais qu'il en a été saisi seulement par l'effet d'une information faite dans l'exercice de la juridiction épiscopale, avant que la justice ordinaire eût pris aucune connaissance de l'affaire ; que cette juridiction est une partie essentielle de l'établissement du culte catholique ; qu'elle est reconnue, érigée en règle générale non susceptible d'exception par les articles 9 et 10 du concordat du 26 messidor an IX... ; que si l'évêque qui procède à une information canonique ou les ecclésiastiques auxquels il a donné délégation régulière à cet effet pouvaient être tenus de rendre compte en justice des documents qu'ils ont recueillis par cette voie tout exceptionnelle, et par suite de désigner les personnes desquelles ils les ont reçus, la confiance qu'inspire leur caractère serait gravement compromise, les informations ne pourraient presque plus avoir lieu, chacun alors répugnant naturellement à faire des révélations qu'on ne se détermine à faire, dans ces matières ordinairement délicates, que sous la foi d'une discrétion presque sacramentelle... ; que, dans la cause actuelle, ce que M. l'évêque a réservé, ce n'est point la désignation du prêtre coupable, ni la nature ou la fréquence des actes pour lesquels il a été condamné, mais les noms des victimes qui n'avaient consenti à parler qu'à la

fier la forme du témoignage : les évêques ne venaient pas déposer devant le juge, *nam et persona oneratur et dignitas sacerdotis exempta confunditur*¹ ; le juge envoyait recevoir leurs dépositions². Mais cette exception, quoiqu'elle ne tint qu'à la forme, n'était pas suivie en France. Jousse rapporte un arrêt du parlement de Toulouse rendu contre l'évêque de Carcassonne, qui avait prétendu que le juge devait se transporter chez lui pour recevoir sa déposition³. Boutaric dit également qu'il a vu agiter cette question dans la cause de M. Fléchier, évêque de Nîmes, qui, ayant été assigné pour être ouï, voulait obliger le juge à se transporter chez lui au palais épiscopal ; mais que l'arrêt condamna la prétention de l'évêque⁴. Il suit de là que, dans notre ancien droit, l'évêque ne pouvait invoquer aucun privilège relativement au mode de son témoignage ; à plus forte raison doit-on en conclure que les évêques étaient tenus, comme les autres ecclésiastiques et comme tous les citoyens, de déposer en justice, lorsqu'ils étaient cités comme témoins.

Cela posé, peuvent-ils invoquer une autre exception que celle résultant de la confession, une autre inviolabilité que l'inviolabilité du sacrement ? Si nous consultons encore notre ancien droit, nous y voyons que le prêtre, hors de ses fonctions de confesseur, rentrait dans la classe commune et devait son témoignage sur les faits qu'il apprenait : « Si l'affaire pour laquelle le confesseur est assigné, dit Jousse, est étrangère à la confession, et que le confesseur ne la sache point par cette voie, mais par une voie étrangère, rien n'empêche alors ce confesseur de pouvoir déposer, même contre ce pénitent⁵. » Farinacius, qui écrivait sous l'influence de la cour de Rome, décide même que le prêtre auquel un délit a été révélé, non dans l'acte même de la confession, mais sous le sceau du secret, avec prière de ne le pas dévoiler, est tenu, sur l'interpellation du juge, de déposer sur ce délit : *Quando quis delictum sacerdoti commisisset, non in actu confessionis et penitentiae, sed secretè et sub sigillo secreti, cum protestatione ut nemini revelaret, tunc si idem sacerdos pro-*

¹ L. 7, Cod., De episcopis.

² Nov. 123, cap. 7.

³ Tom. II, p. 78.

⁴ Sur l'art. 3, tit. VI, ord. 1670.

⁵ Tom. II, p. 103.

muniquer leurs registres, livres et protocoles, fors aux contractants, leurs héritiers et successeurs, ou d'autres auxquels le droit desdits contrats appartiendrait notoirement ou qu'il fust ordonné par justice. » Mais, en dehors de cette prohibition de communiquer les actes aux tiers, les notaires n'en rencontraient aucune. Denisart¹ déclare en conséquence que l'article 3 du titre VI de l'ordonnance de 1670, qui voulait que « *toutes personnes* assignées pour être ouïes en témoignage fussent tenues de comparaître pour satisfaire aux assignations », s'appliquait aux notaires, et cite plusieurs arrêts qui l'avaient décidé. « Entre autres arrêts, dit-il, il y en a un du 19 janvier 1743, qui a été rendu sur délibéré, conformément aux conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury, la grand'chambre assemblée, par lequel la Cour a ordonné que M^e Dupont serait tenu de déposer sur le fait des plaintes dont l'objet était la question de savoir s'il avait été passé une contrelettre dans une vente de bois. Le 6 février 1743, est intervenu un autre arrêt de la grand'chambre, par lequel un notaire a aussi été assujéti à déposer. Dans cette espèce, un particulier qui avait confié sa procuration à quelqu'un pour vendre des biens prétendait que son mandataire les avait vendus à un prix supérieur à celui porté par le contrat, et qu'il s'était approprié le surplus, ce qui était un vol dont le mandant rendit plainte. Le notaire qui avait passé le contrat fut assigné pour déposer, et il s'y refusa; mais la Cour ordonna par arrêt qu'il y serait contraint. Il doit donc demeurer pour constant, ajoute Denisart, que les notaires doivent déposer comme témoins dans les informations, relativement aux actes qu'ils passent. Il serait, en effet, bien extraordinaire que les notaires, simples rédacteurs des volontés des parties, fussent dispensés de rendre hommage à la vérité. »

La controverse a continué dans notre droit nouveau, et l'article 378 du Code pénal ne l'a point fait cesser. Les auteurs se sont divisés², et des arrêts sont intervenus de part et d'autre³. La Cour de cassation elle-même, après avoir rejeté, par un arrêt

¹ Vo *Notaire*, n. 127.

² Carnot, sur l'art. 378 C. p., notes add., n. 5, Bourguignon, tom. II, p. 52, Rauter, tom. II, p. 105, placent les notaires parmi les dépositaires par état des secrets qu'on leur confie; Legraverend, tom. II, p. 261, enseigne, au contraire, qu'ils ne peuvent refuser leur témoignage.

³ Deux arrêts de la cour de Montpellier, du 24 septembre 1827, et de la cour de Bordeaux, du 16 juin 1835, ont consacré l'opinion favorable aux notaires.

consacrée par votre arrêt du 23 juillet 1830, arrêt unique, du reste, dans votre jurisprudence, est attaquée sous un double rapport. On allègue, en premier lieu, qu'il n'est pas exact de considérer les notaires comme des officiers purement ministériels et instrumentaires, comme les simples rédacteurs des délibérations ou des conventions des parties; qu'ils sont appelés par leurs fonctions non-seulement à rédiger les actes, mais encore à diriger par leurs conseils les affaires de leurs clients, à leur faire connaître la nature et l'étendue de leurs droits, les transactions qui leur sont permises et celles qui leur sont interdites par la loi; qu'ils exercent sur les parties une sorte de juridiction volontaire; qu'ils reçoivent leurs confidences, et deviennent les dépositaires de leurs secrets; et que la confiance des familles étant uniquement attachée à l'idée que ce dépôt est inviolable, s'ils peuvent être déliés de ce devoir par la justice, s'ils sont tenus de divulguer les faits qui leur sont révélés, leurs fonctions ne présentent plus les mêmes garanties, et par conséquent la sécurité des transactions civiles est profondément altérée; — que si, en deuxième lieu, l'article 23 de la loi du 25 ventôse an XI se borne, comme l'article 177 de l'ordonnance d'août 1539, à interdire la communication des actes à des tiers, cette interdiction n'est qu'une application dans un cas restreint de la règle générale qui s'étend à toutes les fonctions du notaire; qu'on ne saurait induire, en effet, de cette prohibition qu'en dehors de ses termes toute autre communication soit licite; qu'il est certain que le notaire est tenu de ne pas communiquer à des tiers non-seulement les actes qu'il a reçus, mais les projets et les conventions qui précèdent ces actes; que l'obligation de garder fidèlement le dépôt des conventions des parties, si la loi ne l'a formulée qu'en ce qui concerne les actes, n'en est pas moins générale et qu'elle est de l'essence des fonctions notariales. Vous pèserez ces considérations. Il ne faut point méconnaître que les notaires, comme le disait le conseiller d'État Réal, dans l'exposé des motifs de la loi du 25 ventôse an XI, sont les conseils désintéressés des parties aussi bien que les rédacteurs impartiaux de leurs volontés; qu'ils exercent même, suivant l'expression du tribun Favard, une sorte de magistrature dans laquelle, juges volontaires des intentions des parties contractantes, ils les obligent irrévocablement; sous ce rapport, on ne saurait contester qu'ils sont tenus, en thèse générale, de respecter le

diffèrent sous quelques rapports aujourd'hui de l'état où elles étaient lors de la rédaction de la loi organique du notariat; que les mœurs et les habitudes sociales les ont peu à peu étendues; que les notaires ne sont plus seulement les rédacteurs des transactions civiles, mais qu'ils sont devenus les conseils habituels des familles, les dépositaires de leurs projets, de leurs embarras secrets, de toutes leurs affaires; que la divulgation forcée des confidences qu'ils ont reçues pourrait, dans certains cas, amener une grave perturbation dans les relations des citoyens; que c'est là une de ces limites où l'instruction doit s'arrêter, parce que l'intérêt de la justice, quelque grave qu'il soit, se heurte contre un autre intérêt, l'un des plus pressants de la vie sociale, celui de la protection des transactions civiles. Et néanmoins il importe de n'accorder à cet intérêt que la mesure de protection qui lui est nécessaire, il importe de maintenir dans la main du juge tous les pouvoirs qu'il peut exercer sans le froisser. Il faut donc poser une limite, plus étroite sans doute que celle que nous avons posée à l'égard des avocats, parce que le droit de défense et le droit de conseil ne sont pas complètement identiques; mais il faut préciser un certain point où le juge, en reconnaissant un droit qu'il blesserait, doit arrêter son interpellation. Quelle sera cette limite? C'est à la partie elle-même à la déterminer; car elle est le meilleur juge de la nécessité du secret des affaires qui la concernent. A-t-elle imposé au notaire l'obligation de ne pas révéler les choses qu'elle lui a confiées? lui a-t-elle fait ses confidences sous le sceau du secret? Le notaire qui déclare au juge qu'il est lié par une obligation de cette nature est dispensé de déposer. Il y a présomption que l'intérêt d'une famille pourrait être lésé par sa déposition, et le juge doit respecter cet intérêt. Toutes choses confiées sous le sceau du secret doivent être gardées, mais celles-là seulement; car si le notaire se borne à déclarer qu'il n'a eu connaissance du fait que dans l'exercice de ses fonctions, cette déclaration ne suffit plus pour le dispenser du témoignage. Ce n'est pas, en effet, à la fonction que la dispense est accordée, mais à la confidence. Tout acte de la fonction n'emporte pas la nécessité du secret, et ce n'est pas le notaire, c'est la partie elle-même qui doit apprécier cette nécessité. Telle est la transaction faite par l'arrêt entre les deux principes que cette question divise. A la vérité, cette transaction n'a point de sanction, le juge doit s'en rapporter

sur ce point l'article 115 du Code du 3 brumaire an IV. Dès que l'audition est séparée et secrète, il en résulte nécessairement qu'elle ne peut avoir lieu en présence du prévenu ¹.

De cette prohibition ainsi limitée on pourrait induire que la partie civile et le ministère public peuvent être présents à l'audition. Cette induction serait complètement erronée. Dans l'ancienne législation, cette assistance était formellement prohibée ². Tous les praticiens posent, en conséquence, comme une règle qui n'admet aucune exception, que « les procureurs du roi ou fiscaux ne peuvent être présents à l'information, non plus qu'aux interrogatoires, récolements et confrontations » ³. Il en doit être nécessairement ainsi dans notre législation nouvelle. Cela résulte d'abord du texte des articles 73 et 76, qui n'admettent à l'audition que le juge et le greffier; ensuite de l'esprit de notre Code, qui a été de reprendre, en tout ce qui concerne l'information, les règles de notre ancien droit. Or, parmi ces règles, il n'en était point qui fût plus certaine et mieux motivée que celle-ci : comment admettre la présence du ministère public ou de la partie civile à l'audition des témoins, quand le prévenu n'est pas présent? Comment admettre les observations et l'influence de l'une des parties en l'absence de l'autre, les questions qu'elle pourrait adresser aux témoins, la direction qu'elle pourrait imprimer à l'instruction ⁴?

Mais le greffier est l'auxiliaire nécessaire du juge. « Il est, dit Bruneau, comme le témoin de ce que fait le juge, et l'un ne peut rien faire sans l'autre » ⁵. Sa présence est une garantie de l'exactitude et de la fidélité de l'information écrite, et elle est réellement la condition sous laquelle la loi a donné au juge le droit de recevoir la déclaration des témoins ⁶.

1860. Aux termes de l'article 74, les témoins « représenteront, avant d'être entendus, la citation qui leur aura été donnée pour

¹ Conf. ord. 1670, tit. VI, art. 11; Muyart de Vouglans, *Inst. crim.*, p. 249; Jousse, tom. II, p. 81.

² Ord. 1670, tit. VI, art. 11; tit. XXIV, art. 2.

³ Jousse, tom. II, p. 82; Muyart de Vouglans, *Inst. crim.*, p. 249; Bruneau, p. 67.

⁴ Conf. Bourguignon, *Jur. des C. cr.*, tom. I, p. 182; Carnot, tom. I, p. 355.

⁵ Maximes, p. 67.

⁶ Mangin, de l'Instr. écrite, tom. I, p. 97. — Voy. *suprà* n° 1789.

et par les articles 5 et 6 du décret du 4 mai 1812, à savoir, les grands officiers de la couronne, les présidents du conseil d'État, les ministres d'État et conseillers d'État, lorsqu'ils sont chargés d'une administration publique, les généraux actuellement en service, les ambassadeurs et agents diplomatiques près les cours étrangères et les préfets, s'ils sont cités comme témoins, et qu'ils allèguent, pour s'en excuser, la nécessité du service dont ils sont chargés, il ne doit pas être donné suite à la citation : le juge d'instruction vient dans leur demeure pour recevoir leurs déclarations. S'il s'agit du témoignage d'agents résidant auprès d'un gouvernement étranger, le juge doit adresser au ministre de la justice un état des faits, demandes et questions sur lesquels son témoignage est requis; le ministre en fait l'envoi sur les lieux et désigne la personne qui doit recevoir la déposition. Les déclarations ainsi reçues sont remises closes et cachetées au greffe, et communiquées au ministère public ¹. Enfin, dans les affaires où les préfets ont agi en vertu de l'article 10 du Code d'instruction criminelle, si le bien de la justice exige qu'il leur soit demandé de nouveaux renseignements, le juge d'instruction leur demande ces renseignements par écrit, et les préfets sont tenus de les lui donner dans la même forme ².

L'audition des témoins militaires ou des témoins attachés à l'armée et assimilés aux militaires a été soumise à des règles spéciales par la loi du 18 prairial an II.

Lorsque le juge devant lequel leur témoignage est requis réside dans la place où ils sont en garnison, ils sont entendus et donnent leurs déclarations de la même manière que toute autre personne citée pour déposer ³. Seulement, comme la discipline militaire ne permet pas que des soldats puissent s'absenter sans la permission de leurs chefs, il convient de donner avis de la citation au chef du corps, vingt-quatre heures au moins avant la notification, et en l'invitant à donner des ordres pour que les témoins cités obéissent à la justice ⁴.

Mais lorsqu'ils sont appelés devant un juge d'instruction autre que celui du lieu de leur garnison, ils sont entendus par forme

¹ C. instr. crim., art. 514 et 516; Décr. 4-15 mai 1812.

² Décr. 4 mai 1812, art. 3.

³ L. 18 prair. an II, art. 1.

⁴ Circ. min. de la justice, 15 déc. 1820 et 6 déc. 1840.

faire rédiger sa déposition de la manière qu'elle est faite, sans y faire aucun changement; autrement il commet un grand crime devant Dieu, et pourrait avec justice être poursuivi et puni sévèrement comme prévaricateur ¹. »

Il n'est point de juges qui consentent à employer l'intimidation ou la séduction vis-à-vis d'un témoin; mais plusieurs croient pouvoir, en vue de la justice, employer les questions suggestives ou captieuses. Ces moyens doivent être hautement blâmés, car ils tendent à corrompre la pureté des témoignages, et à donner par conséquent aux décisions judiciaires une base trompeuse. « Les suggestions sont dangereuses, dit un éminent criminaliste, en ce que certains témoins y répondent affirmativement, les uns par légèreté et pour être au plus vite congédiés, les autres par timidité ou embarras, s'imaginant toujours que l'inquisiteur, au fait de toute la procédure, sait aussi parfaitement tout ce qui s'est passé, et ne pourrait d'ailleurs pas leur poser des questions aussi précises si le fait lui était demeuré inconnu. D'autres fois, quand le témoin a presque totalement oublié les détails moins importants, il affirme, pour sortir d'embarras, la réalité de certaines circonstances que le magistrat lui relate; ou encore, lorsqu'il a intérêt à dissimuler la vérité, il saisit l'occasion offerte par la question suggestive du juge pour jeter celui-ci dans une fausse voie ². » Les questions subtiles et captieuses entraînent le même danger. La légèreté naturelle de l'homme, l'ignorance de la plupart des témoins et le trouble d'esprit dont ils ne sont pas maîtres en présence du juge, ont pour résultat que, sans comprendre toute la portée de la question qui leur est faite, ils donnent des réponses qui, contrairement à leur volonté, sont contraires à la vérité. Quelquefois on est allé plus loin: on a fait entendre au témoin, pour provoquer son témoignage, que sa déposition n'apporterait aucun préjudice au prévenu; qu'elle n'aurait pour effet que de confirmer d'autres dépositions sur le même fait; que dès lors il n'avait pas à s'inquiéter de ses conséquences. C'est là une voie mensongère où le juge ne doit jamais s'engager: il peut rappeler au témoin son devoir, il ne doit jamais se servir de ruses et de détours pour l'amener à le remplir.

Ainsi, point d'influence d'aucune sorte, point de contrainte,

¹ Jousse, tom. II, p. 88.

² Mittermaier, Traité des preuves, p. 371.

l'ancienne jurisprudence, la réaudition des témoins avant le règlement de la procédure était interdite ; il était de principe qu'on ne pouvait entendre deux fois un témoin sur un même fait¹. Si des omissions ou des erreurs se révélaient dans une déposition, il fallait attendre, pour les réparer, le récolement général des témoins dans la procédure extraordinaire². Cette prohibition n'existe plus : lorsque le juge est averti qu'un témoin n'a pas déclaré tout ce qu'il savait, il peut le citer une seconde fois et l'interpeller de compléter ses premières déclarations.

Il peut également confronter les témoins avec le prévenu et leur représenter les pièces de conviction toutes les fois que ces mesures sont nécessaires pour éclaircir les doutes ou pour donner à leurs déclarations une plus grande certitude³.

Peut-il confronter les témoins entre eux pour expliquer les points obscurs ou contradictoires de leurs dépositions ? « On peut bien, dit Ayrault, les redemander et ouïr séparément deux fois, trois fois, pour voir s'ils se desdiront ou persisteront en ce qu'ils sont varians, sans leur dire et spécifier qu'ils le soient. Mais le faire en la présence les uns des autres et par la lecture des dépositions d'autrui ; leur cotter et apprendre leurs variations et contradictions, afin qu'ils viennent tous à s'accorder et charger d'un pied plus vivement, c'est, ce me semble, faire office d'accusateur, non pas de juge ; c'est ne chercher qu'à condamner, non à absoudre⁴. » Que le juge, en effet, relève la contradiction des témoins, qu'il s'efforce de les résoudre par des auditions réitérées, il le peut sans aucun doute ; mais peut-il, en mettant les témoins en présence, les avertir de ces contradictions et les provoquer à les faire disparaître en se mettant d'accord sur les faits ? Ne serait-ce pas enlever au prévenu tout le bénéfice de ces variations ? « Car, dit encore Ayrault, qu'est-ce qu'il y a de plus à la défense de l'action que la variation et discordance des témoignages ? C'est le purger à son préjudice que de confronter ainsi les témoins respectivement ; c'est oster au défendeur l'industrie permise de droict, de pouvoir par interrogatoire surprendre la falsité ou affection des témoins. » Cette mesure était en consé-

¹ Jousse, tom. II, p. 96; Muyart de Vouglans, de l'Inst. crim., p. 251.

² Serpillon, tom. I, p. 442.

³ Mangin, tom. I, p. 203.

⁴ Instr. jud., p. 276.

écrits en marge ou à la suite de la déposition sont considérés comme s'ils n'existaient pas, quand ils ne sont pas approuvés.

Il résulte de la délibération du conseil d'État du 21 juin 1808 que ce paragraphe avait été retranché du projet. Voici, en effet, le texte du procès-verbal : « M. Defermon dit que cet article serait très-funeste pour le prévenu, si ce qui est écrit à sa décharge était écrit en interligne ou ne se trouvait pas paraphé. M. Treilhard dit qu'il ne faut pas annuler la déposition, mais seulement mulcter le greffier. M. Defermon ajoute qu'on pourrait laisser à la sagesse du juge d'avoir tel égard que de raison à la déposition. M. Berlier dit qu'il y aurait de l'inconvénient à déclarer d'une manière absolue et générale la nullité des interlignes non approuvés. Il y a sur ce point beaucoup à laisser à la prudence du juge; car il ne faut pas que le prévenu voie sa condition détériorée par la simple absence d'une formalité, si d'ailleurs l'interligne est sincère et non suspecte; il y a lieu dans ce sens de punir le greffier, et ce qu'il convient en ce moment, c'est de remplacer par cette addition la proposition contenue dans la dernière partie de l'article ¹. » L'article fut adopté avec cet amendement; c'est par l'effet d'une erreur que l'amendement n'a pas été reproduit.

On a critiqué cette disposition, parce qu'elle conserve leur valeur à des mots raturés et qu'elle peut priver le prévenu, par l'effet d'une omission qui n'est pas de son fait, du bénéfice d'une addition à sa décharge ². On peut répondre qu'il y a lieu de présumer que la rature ne doit avoir, dans l'esprit de son auteur, aucune suite, lorsqu'elle n'est pas ratifiée par une approbation expresse, et que l'addition non approuvée pourrait être à la charge du prévenu aussi bien qu'à sa décharge. En général, il importe que les actes de la procédure écrite soient dressés avec toutes les précautions nécessaires pour préserver leurs termes de toute altération et pour en constater toutes les solennités, et nous ne pouvons trouver que la loi ait été trop rigoureuse à cet égard. Il ne nous a point paru, du reste, que cette disposition, conforme aux usages ordinaires sur la rédaction des actes ³, ait été une entrave dans la pratique.

¹ Loaré, tom. XXV, p. 178.

² Mangin, tom. I, p. 207.

³ Arr. cass. 13 dec. 1838 (Bull., n° 383). — Jousse, tom. II, p. 91.

ture, comme la base légale de cette pénalité? Ce n'est point là une exception au principe de la preuve morale, c'est tout simplement un acte qu'il faut produire pour y puiser une raison d'aggravation de la peine ¹.

Il résulte de ce qui précède que la loi ne rejette point les écrits comme moyens de preuve, mais qu'elle n'y a attaché aucune force probante déterminée, aucun effet légal. Elle ne rejette point les preuves écrites, puisque l'article 318 veut qu'il soit tenu note des additions ou variations qui peuvent exister entre la déposition d'un témoin et ses précédentes déclarations, puisque l'article 329 dispose que les pièces pouvant servir à conviction seront représentées à l'accusé et aux témoins, puisque l'article 341 prescrit de remettre aux jurés les procès-verbaux et les pièces du procès. Mais toutes ces pièces ne constituent aucune preuve légale : le jury peut y puiser les éléments de sa conviction, mais il peut les écarter; il peut apercevoir dans leur contenu une preuve suffisante des faits, mais il peut n'y voir aucune preuve. Ce ne sont que des éléments dont il a l'appréciation souveraine.

1878. Tous les papiers et écrits produits dans une procédure, doivent-ils indistinctement servir de moyens de preuve? Le juge est-il tenu, avant de s'en servir, de vérifier la régularité de la saisie qui les a joints au dossier?

Cette question s'était élevée dans l'ancien droit relativement aux lettres missives. « Il n'est pas toujours permis, dit Jousse, de faire usage de ces lettres, et si elles renfermaient des confidences, celui à qui elles sont écrites ne pourrait les mettre au jour sans crime; en sorte que, si elles étaient produites, elles ne pourraient servir de preuve contre celui qui les a écrites, surtout quand il paraît qu'il ne les a écrites à son ami que pour lui ouvrir son cœur et dans la confiance qu'il ne les ferait voir à personne. En effet, on a toujours jugé dans ce cas que les lettres seraient rendues, quelques preuves qu'elles pussent apporter dans l'affaire soumise à la décision du juge, ce qui est fondé sur ce motif que le dépôt du secret ayant été violé, on ne devait y avoir aucun égard ². »

¹ Arr. cass. 11 sept. 1828 (Bull., n° 259); 6 août 1829 (J. P., tom. XXII, p. 1325); 28 févr. 1846 (Bull., n° 61).

² Tom. I, p. 744; Serpillon, tom. I, p. 142.

Cette règle a été plusieurs fois reconnue et appliquée par notre jurisprudence. La Cour de cassation a déclaré en matière civile : « que le secret des lettres est un principe que la justice ne peut méconnaître, parce qu'il dérive de la nature des choses qui ne permet pas qu'une confidence privée devienne l'objet d'une exploration publique; qu'une lettre est la propriété de celui à qui elle est adressée; que si l'on en fait un usage qu'il n'a pas consenti, il y a abus ou violation de dépôt; qu'à aucun de ces titres, la justice ne peut en tolérer la production ¹ ». La même décision a été consacrée en matière criminelle. Un jugement du tribunal de cassation, du 11 juillet 1792, casse un acte d'accusation « parce que le directeur du jury a pris l'occasion et le fondement de l'accusation dans une lettre close et privée dont le secret a été violé en l'enlevant à force ouverte à celui qui en était le porteur et à qui elle avait été confiée, ce qui est contraire au principe constitutionnel de l'inviolabilité des lettres ² ». Un arrêt du 6 décembre 1816 déclare, en annulant une procédure criminelle : « qu'une lettre est un dépôt essentiellement secret; que ce qui y est écrit n'a que le caractère de la pensée jusqu'à ce que, par un fait autre que celui de la force majeure, le secret en ait cessé; que, hors les cas déterminés par la loi, ce n'est que par la divulgation ou la communication qui peut en être faite que ce qu'elle contient peut devenir la base d'une action criminelle ³ ».

1879. La distinction que pose ce dernier arrêt doit servir à décider la question. Les lettres, tant qu'elles conservent leur caractère confidentiel, c'est-à-dire tant qu'elles n'ont pas été légalement mises sous la main de la justice, ne peuvent devenir un élément de la preuve. Le juge doit respecter le secret sous le sceau duquel elles ont été écrites, comme il respecte la confidence faite au prêtre, au médecin, à l'avocat; il doit les écarter de l'instruction, parce qu'il ne pourrait en faire la base d'un jugement sans consacrer la violation d'un dépôt, sans approuver les moyens em-

¹ Arr. cass. req. 12 juin 1823 (J. P., t. XVII, p. 1182), et conf. arr. req. 4 avril 1821 (J. P., tom. XVI, p. 506); et arr. Metz 7 pluv. an XII, Limoges 17 juin 1824, Bourges 4 janv. 1825, Aix 17 déc. 1834.

² Journ. du Pal., tom. I, p. 16.

³ Journ. du Pal., tom. XIII, p. 714.

ployés pour les lui livrer, sans s'associer soit à leur immoralité, soit à leur illégalité. Mais, lorsque les lettres ont été régulièrement saisies, par exemple lorsqu'elles ont été trouvées par le juge d'instruction dans une perquisition faite au domicile du prévenu, faut-il les rejeter de l'instruction par cela seul qu'elles ont le caractère de lettres missives et qu'elles ont été écrites confidentiellement? Nous ne le pensons pas. Ce n'est point parce que les papiers saisis sont des lettres qu'elles doivent être rejetées de la procédure; c'est parce qu'elles étaient placées à ce titre sous la foi du secret, c'est parce que la protection légale qui les enveloppait ne peut être méconnue ni violée par la justice; mais, lorsqu'elles ont été ouvertes, soit par le destinataire, soit par le juge, dans les cas où la loi lui donne ce pouvoir, elles perdent leur caractère de lettres, elles deviennent de simples papiers dont l'instruction peut se servir. A la vérité, ces papiers, pour faire un élément de la preuve, doivent être appréciés dans le sens qui leur est propre. Mirabeau ne voulait pas « que les plus secrètes communications de l'âme, les conjectures les plus hasardées de l'esprit, les émotions d'une colère souvent mal fondée, les erreurs souvent redressées le moment d'après, pussent être transformées en dépositions contre des tiers »¹. Les lettres, en effet, qui ne sont, comme le dit Jousse, qu'une conversation écrite², n'expriment en général que des impressions fugitives, instantanées, quelquefois mensongères; la pensée s'y abandonne en toute liberté à ses fantaisies, à ses rêves; et, dans ces épanchements de l'esprit, ce n'est pas la vérité qu'il faut chercher, ce sont les désirs qui le charment, les sensations qu'il imagine, les faits qu'il transforme suivant le caprice du moment. Ce n'est donc qu'avec une extrême défiance que les lettres, même après une jonction régulière au dossier, doivent être consultées; c'est en tenant compte du moment où elles ont été écrites, de la nature particulière de ces écrits tracés à la hâte et avec légèreté, de leur caractère confidentiel qui permettait d'y jeter pêle-mêle toutes sortes de pensées irréfléchies. Mais, cela admis, pourquoi la justice repousserait-elle des renseignements qui sont légalement placés sous sa main? Si ces renseignements sont, par leur nature, susceptibles de l'égarer, est-ce une raison de ne pas les examiner? Si elle doit déployer une extrême prudence

¹ Moniteur du 25 juillet 1791.

² Tom. I, p. 745.

dence en les appréciant, est-ce une raison de se priver d'indices qui peuvent lui manifester la vérité?

1880. Au surplus, en matière ordinaire, l'irrégularité d'une production ou d'une saisie n'a d'autre effet que de faire rejeter la pièce qui en a été l'objet; l'élément de la preuve, attaché à cette pièce, disparaît, mais la poursuite subsiste; et si elle s'appuie sur d'autres preuves, elle peut, indépendamment de cette nullité incidente, être déclarée fondée. Si, en matière spéciale, et, par exemple, lorsque des perquisitions ont été opérées illégalement sur des particuliers pour constater des contraventions aux règlements sur les postes, l'illégalité de ces perquisitions entraîne la nullité de la poursuite (n° 1326), c'est que la saisie et le procès-verbal qui la constate sont les seules bases de l'action. Mais lorsque les papiers illégalement produits constituent, non le corps même du délit, mais seulement un élément de la preuve de ce délit, et que la loi permet de l'établir par tous les moyens de preuve qu'elle a mis à la disposition du juge, il est clair que la déchéance de l'un de ces moyens ne peut préjudicier à l'emploi des autres, et que l'action ne peut en dépendre qu'autant qu'elle ne trouverait dans l'instruction aucune autre base.

§ II. *Cas où la preuve littéraire est admise.*

1881. Le principe général qui soumet, en matière criminelle, tous les écrits à la libre appréciation du juge sans le lier par leurs constatations, et qui les lui abandonne comme des éléments de la preuve sans y attacher une preuve nécessaire, admet plusieurs exceptions qu'il importe de préciser.

Nous avons précédemment déterminé les effets des procès-verbaux en matière criminelle, correctionnelle et de police (n° 1360). En matière criminelle, les procès-verbaux qui constatent les faits incriminés sont une preuve à l'appui de l'action, mais ne sont point une base nécessaire de cette action; leur omission peut préjudicier à la poursuite, parce qu'elle ôte à la conviction l'un de ses éléments, mais elle n'élève aucune fin de non-recevoir contre cette poursuite. En matière correctionnelle et de police, la même règle est, en général, appliquée. L'article 154 du Code d'instruction criminelle porte que : « Les contraventions seront prouvées,

trat exigent également une preuve littérale, mais cette preuve s'applique, non au délit lui-même, mais seulement au contrat dont il suppose l'existence. Il est, en effet, de principe que la juridiction criminelle est soumise, pour la preuve des conventions, aux règles prescrites par la loi civile. Ce principe est fondé sur ce que les formes établies pour le jugement des questions civiles sont les mêmes devant toutes les juridictions; que ces règles sont fondées sur la nature des conventions et sur la nécessité d'assurer leur stabilité et leur certitude; que, si elles n'étaient pas appliquées par la juridiction criminelle, il serait facile aux parties d'éluder les prohibitions de la loi en prenant la voie de la plainte et en substituant les preuves admises par la procédure criminelle à celles qui ont été établies par la procédure civile. Or la loi civile veut qu'il soit passé acte de toutes les conventions, et elle rejette la preuve testimoniale pour en établir l'existence, à moins qu'elles ne soient inférieures à la valeur de 150 fr., ou qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit ou qu'un cas de force majeure ne soit allégué¹. Il suit de là que toutes les fois que le délit présume une convention, tel que la violation d'un dépôt, l'abus d'un blanc seing ou d'un mandat, il n'y a pas lieu d'invoquer la preuve par témoins pour établir la convention, sauf les cas où cette preuve est admissible. La juridiction répressive doit donc, si le prévenu dénie la convention et s'il n'en existe ni preuve ni commencement de preuve par écrit, déclarer la plainte non recevable quant à présent. Nous ne faisons qu'indiquer ici cette exception au droit commun; nous l'examinerons quand nous nous occuperons de la compétence et de la procédure des tribunaux correctionnels.

Enfin, la loi pénale a, dans certains cas, subordonné la poursuite d'un délit à la production d'une preuve écrite. Ainsi, l'article 338 du Code pénal porte : « Les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu de complicité (d'adultère) seront, outre le flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu. » Cette disposition a pour but d'écarter, dans une matière qui les admet facilement, les indices frivoles, les conjectures hasardées ou les rapprochements fortuits; mais la preuve écrite ne peut résulter ici que des pièces écrites par le prévenu lui-même. Il a toutefois été jugé que l'aveu consigné

¹ Cod. civ., art. 1341, 1347 et 1348.

cour d'assises qui constaterait dans le procès-verbal de la séance un délit commis à l'audience n'attacherait point à cette constatation la même autorité qu'à la constatation des formalités légales ¹.

§ III. *De la vérification des écritures produites dans l'instruction.*

1884. Les écrits produits comme pièces de conviction dans une instruction doivent, aux termes de l'article 329 du Code d'instruction criminelle, être représentés au prévenu, qui est interpellé de répondre personnellement s'il les reconnaît.

S'il les dénie, il peut y avoir lieu de faire procéder à la vérification de l'écriture. Cette mesure ne doit néanmoins, en général, être ordonnée que lorsque le corps même du délit consiste dans l'écrit ou qu'il constitue une preuve importante du fait incriminé.

La vérification des écritures formait un titre spécial de l'ordonnance de juillet 1737, touchant le faux principal et incident, qui n'a pas été reproduit dans notre Code. Faut-il conclure de cette lacune que le législateur n'aurait pas voulu admettre les expertises pour la reconnaissance des écritures, expertises dont les erreurs ont été souvent démontrées? Non, car il les admet en matière de pièces argüées de faux, et c'est là d'ailleurs une mesure ordinaire de l'instruction qui appartient au juge tant qu'elle ne lui a pas été retirée, et qui, si elle doit être accueillie avec quelque défiance, peut cependant fournir aussi des indications utiles ². Faut-il en induire que le Code d'instruction criminelle s'est référé aux articles 193 et suivants du Code de procédure civile sur la reconnaissance des écritures privées? Non encore; car les formes de la procédure civile ne se concilieraient point avec la procédure criminelle, et c'est avec raison que la Cour de cassation a jugé sur ce point : « que les règles tracées par le titre X du Code de procédure civile, intitulé *De la vérification des écritures*, ne sont nullement applicables en matière criminelle; que les juges criminels comme les jurés forment leur conviction sur les faits, d'après le débat oral et sans que la loi leur demande compte des éléments et des circonstances qui la déterminent. » Il nous semble donc qu'il y a lieu de se reporter dans ce cas aux

¹ Arr. cass. 31 déc. 1812; Rép., v° *Procès-verbal*, § 10.

² Arr. cass. 20 juin 1846 (J. du droit crim., 1846, p. 305).

règles tracées par les articles 448 et suivants du Code d'instruction criminelle sur la procédure en matière de faux. Nous allons examiner ces règles.

1885. En matière de faux en écritures, le dépôt ou la saisie de la pièce argüée de faux exige des précautions particulières. Il importe, en effet, puisque cette pièce est la base du procès, d'en constater avec soin non-seulement l'identité, mais l'état matériel, afin qu'elle ne puisse être méconnue et qu'il ne puisse y être fait aucun changement. Toutes les dispositions de notre Code à cet égard ont été puisées dans l'ordonnance de juillet 1737, touchant le faux principal et incident.

L'article 448 du Code d'instruction criminelle est ainsi conçu : « Dans tous les procès pour faux en écriture, la pièce argüée de faux, aussitôt qu'elle aura été produite, sera déposée au greffe, signée et paraphée à toutes les pages par le greffier, qui dressera un procès-verbal détaillé de l'état matériel de la pièce, et par la personne qui l'aura déposée, si elle sait signer, ce dont il sera fait mention ; le tout à peine de 50 fr. d'amende contre le greffier qui l'aura reçue sans que cette formalité ait été remplie. »

Le procès-verbal de la description de la pièce, qui est dressé par le greffier seul, sans que la présence du juge soit nécessaire, doit contenir les détails les plus minutieux sur son état matériel, le nombre de ses lignes et de ses mots, les ratures et renvois ; s'il en existe, les interlignes, les surcharges, les blancs. Ce procès-verbal doit être rédigé par le greffier, et la pièce argüée de faux doit être déposée au greffe, lors même que c'est le juge qui l'a reçue : la loi lui a délégué spécialement cette mission.

Mais la pièce argüée de faux doit être signée en outre par le juge d'instruction, par la partie civile ou son avoué, s'ils se présentent, et par le prévenu au moment de sa comparution (art. 450). Si les comparants ou quelques-uns d'entre eux ne veulent pas signer, le procès-verbal en fait mention. En cas de négligence ou d'omission, le greffier est puni de 50 fr. d'amende. Si la pièce est soumise aux témoins, ils doivent également la parapher et la signer : l'article 457 déclare, en effet, que, « lorsque des témoins s'expliqueront sur une pièce du procès, ils la parapheront et la signeront, et s'ils ne peuvent signer, le procès-verbal en fera mention ». La même formalité doit, par une conséquence néces-

Tous les actes, tous les écrits ne peuvent être admis comme pièces de comparaison, car une pièce de comparaison qui serait frauduleuse pourrait conduire les experts, et par suite la justice, à une solution erronée. La loi désigne : 1° les actes authentiques (art. 455); 2° les écritures privées, si les parties intéressées les reconnaissent (art. 456). Cette dernière expression comprend évidemment toutes les écritures qui peuvent servir à vérifier à quelle main appartiennent les caractères incriminés.

L'article 12 de l'ordonnance de 1737 n'accordait qu'au ministère public et à la partie civile le droit de fournir ces pièces; l'accusé pouvait seulement, après l'instruction terminée et lorsqu'il présentait des faits justificatifs, demander à en produire de nouvelles. L'article 453 du Code d'instruction criminelle n'a point admis cette distinction; il dispose seulement que « les pièces qui seront fournies pour servir de comparaison seront signées et paraphées ». Il suit de là que le prévenu, comme le ministère public et la partie civile, a le droit de fournir les pièces de comparaison; car, dès qu'il n'existe aucune exception contre lui, ce droit appartient à sa défense. Mais le juge d'instruction peut néanmoins apprécier si les pièces fournies rentrent dans la classe de celles que la loi admet; s'il les rejetait, son ordonnance pourrait être attaquée devant la chambre d'accusation.

La loi a soumis la production des actes à des mesures différentes, suivant qu'ils sont publics ou privés, suivant qu'ils se trouvent dans un dépôt public ou dans les mains d'un particulier. Aux termes de l'article 454, « tous dépositaires publics pourront être contraints, même par corps, à fournir les pièces de comparaison qui sont en leur possession : l'ordonnance par écrit et l'acte de dépôt leur serviront de décharge envers ceux qui pourraient avoir intérêt à ces pièces ». L'article 455 ajoute que, « s'il est nécessaire de déplacer une pièce authentique, il en sera laissé au dépositaire une copie collationnée, laquelle sera vérifiée sur la minute ou l'original par le président du tribunal de son arrondissement, qui en dressera procès-verbal ». Enfin, la loi a prévu le cas où la pièce se trouve faire partie d'un registre de manière à ne pouvoir en être momentanément distraite : « Le tribunal, continue l'article 455, pourra, en ordonnant l'apport du registre, dispenser de la formalité établie par le présent article. » Quel est le tribunal compétent pour prononcer cette dispense? C'est la

juge-commissaire que l'article 201 Code procédure civile le confère également en matière de vérification d'écritures.

1888. Les écritures privées ne sont admissibles comme pièces de comparaison que *si les parties intéressées les reconnaissent*. Quel est le sens de ces termes ? Il faut entendre que le prévenu et la partie civile doivent être mis à même de déclarer si elles reconnaissent l'écriture pour véritable ; car il ne s'agit pas de s'opposer à la production, elles n'ont point d'adhésion à y donner, mais simplement de dénier ou de reconnaître la vérité de la pièce produite.

Parmi les écritures privées, il faut ranger celles que le juge peut requérir les parties de former sous ses yeux. L'article 461 porte : « Le prévenu ou l'accusé pourra être requis de produire et de former un corps d'écriture ; en cas de refus ou de silence, le procès-verbal en fera mention. » Il est d'abord à remarquer qu'il ne s'agit que d'une simple réquisition que le juge adresse au prévenu et à laquelle celui-ci obtempère ou n'obtempère pas, suivant qu'il le juge utile à l'intérêt de sa défense. Ensuite, cet article est purement énonciatif, et rien ne s'oppose à ce que la mesure qu'il autorise à l'égard du prévenu soit prise à l'égard du plaignant. La Cour de cassation a jugé dans ce sens « qu'aucune disposition de loi ne défend au juge d'instruction de faire faire un corps d'écriture au plaignant, et de le remettre soit aux experts, soit au jury, en les prévenant de qui il émane ¹ ».

Au surplus, en dehors des mesures particulières que nous venons de parcourir, le juge d'instruction peut, en matière de faux comme en toute autre matière, prescrire tous les moyens de preuves qu'il croit utiles à la manifestation de la vérité. L'article 464 porte, en effet : « Le surplus de l'instruction sur le faux se fera comme sur les autres délits. » Les mêmes preuves sont donc admissibles, les mêmes moyens d'instruction doivent donc être employés. Le juge est armé des mêmes pouvoirs que dans la poursuite de tout autre crime ². Il a même en un seul point des pouvoirs plus étendus : le deuxième paragraphe de l'article 464 lui confère le droit « de continuer, *hors de son ressort*, les visites nécessaires chez les personnes soupçonnées

¹ Arr. cass. 31 mars 1831 (J. P., tom. XXIII, p. 1502).

² C'est en ce sens qu'il faut entendre l'arrêt du 31 mars 1831, cité *supra*.

d'avoir fabriqué, introduit, distribué de faux papiers royaux, de faux billets de la banque de France ou des banques des départements ». Cette disposition a lieu également pour le crime de fausse monnaie ou de contrefaçon du sceau de l'État. C'est une exception au principe de compétence posé par les articles 63, 69 et 90, et qui est motivé par l'intérêt qu'a l'État de saisir immédiatement et sans aucun retard les monnaies et papiers-monnaies entachés de faux.

CHAPITRE ONZIÈME.

DE LA PREUVE PAR EXPERTS.

§ I. *Caractère général de la mission des experts.*

1889. De l'utilité des experts pour éclairer les recherches de l'instruction (art. 43 et 44).

1890. Quel est le caractère de la mission des experts? Faut-il les considérer comme des témoins ou comme des auxiliaires du juge?

§ II. *Choix des experts.*

1891. La délégation des experts n'appartient qu'au juge d'instruction.

1892. Le juge peut-il appeler indifféremment, pour une vérification médicale, des docteurs en médecine ou des officiers de santé?

§ III. *Mode de convocation.*

1893. Quelle est la forme de la convocation des experts.

1894. Sont-ils tenus de se rendre aux réquisitions et de procéder aux opérations qui leur sont demandées?

1895. Examen de la jurisprudence qui applique à leur refus l'article 475, n° 12, du Code pénal.

§ IV. *Formes de l'expertise.*

1896. Serment des experts.

1897. Formes de l'expertise. Le prévenu peut-il y assister? Le juge d'instruction peut-il y assister?

1898. Formes et rédaction des rapports d'experts.

1899. Examen de ces rapports par le juge.

§ I. *Caractère général de la mission des experts.*

1889. L'inspection judiciaire ne suffit pas dans tous les cas pour constater le corps du délit; cette constatation exige souvent des connaissances spéciales qui manquent au juge, et qu'il supplée en appelant le concours des hommes qui les possèdent. Ces hommes, lorsqu'ils sont consultés par la justice, prennent le nom d'*experts*.

L'utilité des experts, pour éclairer les recherches de l'instruction criminelle, est incontestable. Leur ministère est nécessaire non-seulement pour la solution des questions sans cesse renaissantes et toujours si difficiles de la médecine légale, mais pour la vérification de mille faits qui ne peuvent être appréciés qu'à l'aide de notions scientifiques ou pratiques étrangères aux études des magistrats.

Notre Code ne s'est occupé des experts qu'à l'occasion du flagrant délit. Les articles 43 et 44 portent : « Article 43. Le procureur impérial se fera accompagner, au besoin, d'une ou de deux personnes présumées, par leur art ou profession, capables d'apprécier la nature et les circonstances du crime ou délit. — Article 44. S'il s'agit d'une mort violente, ou d'une mort dont la cause soit inconnue ou suspecte, le procureur impérial se fera assister d'un ou de deux officiers de santé, qui feront leur rapport sur les causes de la mort et sur l'état du cadavre. Les personnes appelées, dans les cas du présent article et de l'article précédent, prêteront, devant le procureur impérial, le serment de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience. »

Il est évident que ces deux articles, que l'article 59 a rendus communs au juge d'instruction, en appliquant dans le cas du flagrant délit la mesure de l'expertise, placent cette mesure au nombre des moyens ordinaires de l'instruction. Ils n'établissent pas le principe d'une manière générale, mais ils le supposent établi ; ils ne prévoient qu'un seul cas d'application, mais cette application doit nécessairement s'étendre à tous les cas analogues. Au reste, et lors même que la loi n'en aurait pas parlé spécialement, le juge d'instruction eût trouvé le droit d'employer ce moyen d'instruction dans le droit général que lui confère l'article 61, de procéder à tous les actes qui peuvent conduire à la manifestation de la vérité. Une expertise est un acte d'instruction, puisqu'elle a pour objet d'apporter un élément à la preuve du fait incriminé ; elle rentre donc nécessairement dans la classe des moyens dont l'emploi appartient à la justice.

Nous n'essayerons pas d'énumérer les cas nombreux où ce moyen est journellement mis en œuvre. En matière d'empoisonnement, de coups et blessures, d'homicide, de faux, de vol, comment le juge pourrait-il connaître avec certitude la nature et

les effets des substances administrées, la cause des blessures, le caractère de l'attentat, la fausseté des écritures, les circonstances mêmes de l'effraction ou des fausses clefs, sans la vérification des experts? La monnaie présumée fausse ne doit-elle pas être essayée? Les preuves les plus certaines du viol, de l'infanticide, de l'avortement et de l'attentat à la pudeur ne résultent-elles pas d'un examen des hommes de l'art? Comment apprécier l'incapacité de travail, la portée d'une arme à feu, la présence de telle ou telle substance, la cause probable d'un décès, sans les recherches scientifiques qui viennent éclairer chaque fait de l'instruction?

1890. Quel est le caractère de la mission des experts? Faut-il les considérer comme des témoins ou comme des auxiliaires du juge? Cette question est depuis longtemps controversée¹, et nous verrons dans la suite, en appréciant les résultats de la participation des experts à la procédure, qu'il n'est pas inutile de la résoudre.

Les témoins et les experts remplissent deux fonctions distinctes qui ne doivent point être confondues. C'est le délit qui crée les témoins; ils reçoivent une mission forcée de la circonstance même qui les a placés là où le délit a été commis ou qui les a mis en rapport avec le prévenu; cette mission se borne à rapporter les faits qu'ils ont vus ou qui sont venus à leur connaissance. Les experts, au contraire, sont choisis par le juge; leur mission est purement volontaire; ils ne déposent point comme les témoins de faits qu'ils ont vus ou appris accidentellement; ils apportent au juge les notions spéciales qu'ils possèdent; ils apprécient, ils vérifient le fait que la justice leur a donné mandat de vérifier et d'apprécier, et ils font connaître leur opinion, leur jugement sur ce fait.

Cette distinction fondamentale a dicté les différentes dispositions de la loi. Les témoins et les experts, cités devant la justice, ne prêtent pas le même serment: les témoins promettent de dire la vérité, les experts de donner leur avis en leur honneur et conscience. Les témoins sont responsables de leurs dépositions; si elles sont mensongères, ils sont punis pour faux témoignage; les experts ne sont responsables de leurs déclarations que dans le for de leur conscience; si elles ne sont pas sincères, ils peu-

¹ Mittermaier, De la preuve, p. 496.

vent perdre la confiance des juges, mais ils ne sont passibles d'aucune peine. Enfin les témoins, quand ils sont proches parents du prévenu, peuvent n'être pas entendus, ils sont reprochables; les experts ne sont sujets à aucun reproche, à aucune récusation.

Mais, s'ils ne sont pas témoins, quel est donc leur caractère? Ils sont chargés de vérifier, d'apprécier le fait soumis à leur expertise. Ce n'est point une simple affirmation, c'est une explication qu'on leur demande; ce n'est point un témoignage, c'est un avis, c'est un jugement. Appelés par le juge d'instruction à raison des notions spéciales qu'ils possèdent, ils lui apportent les connaissances qui lui sont nécessaires pour comprendre les faits du procès. Ils ne se bornent pas toutefois à suppléer à l'insuffisance des études scientifiques ou pratiques du juge, à se faire les instruments de l'inspection judiciaire, à compléter ou faciliter les recherches de la justice : employés pour éclairer ses opérations, ils lui doivent une opinion indépendante et consciencieuse, ils lui doivent leur science, leur art, leur expérience; il ne suffit pas qu'ils rendent les faits intelligibles, ils prononcent sur ces faits un jugement motivé. Ils sont donc sous ce rapport des auxiliaires du juge, auxiliaires indépendants et intelligents qu'il délègue pour résoudre les points obscurs de l'instruction et pour vérifier les faits qu'ils sont seuls aptes à apprécier.

Et néanmoins ils n'exercent aucune des fonctions du juge : la délégation dont ils sont investis leur confère le pouvoir d'éclairer la décision judiciaire et non de la former; ils complètent les connaissances qui sont nécessaires au jugement, ils ne jugent pas; à leur opinion s'attache nécessairement une autorité considérable, parce qu'elle émane d'hommes instruits et spéciaux, parce que les éléments puisés dans la science échappent par le fait à l'examen et au contrôle des magistrats; mais cette opinion ne lie pas le juge; il conserve le pouvoir de l'examiner, de discuter les bases sur lesquelles elle s'appuie, d'en contrôler les conclusions. Si, dans le for de leur conscience, les experts rendent un jugement, parce qu'ils apportent une solution de la difficulté qui leur est soumise, ce jugement, au point de vue judiciaire, n'a que le caractère et la force d'un simple avis; leur travail n'a point force de chose jugée sur les faits qui en sont l'objet, il ne constitue pas même une preuve légale de ces faits, il n'est

qu'un élément de l'instruction, un moyen de preuve; le juge peut en accepter l'influence, il ne la subit pas; son appréciation peut se fonder sur ce travail, mais il l'apprécie en le suivant. Les experts sont donc placés à côté du juge pour l'éclairer, pour le fortifier, non pour accomplir quelque question de son office; ils lui apportent le secours de leurs connaissances scientifiques sans exercer aucune partie de l'autorité judiciaire ¹.

§ II. *Choix des experts.*

1891. La délégation des experts n'appartient qu'au juge d'instruction. Les officiers du ministère public qui, hors le cas de flagrant délit, n'ont que le droit de réquisition, ne pourraient faire la délégation d'un acte d'instruction ². Le choix du juge ne doit porter que sur des hommes les plus recommandables par leur habileté et en même temps par leur probité; car s'il importe à l'intérêt de la justice que l'expertise soit confiée aux mains les plus capables, il lui importe également qu'elle soit à l'abri de tout soupçon de partialité. C'est surtout en matière médico-légale que cette désignation acquiert une très-haute importance. On lit dans l'instruction ministérielle du 30 septembre 1826 : « Les magistrats et les officiers de police judiciaire ne sauraient apporter trop de soins dans le choix des gens de l'art dont ils peuvent se faire assister, en vertu des articles 43 et 44, pour constater le corps du délit. Les opérations de médecine légale surtout exigent cette précaution : elles sont souvent difficiles et délicates, elles ont une grande influence sur le jugement des affaires les plus graves : c'est un double motif de ne les confier qu'à des hommes instruits, expérimentés et capables de les bien faire. Les erreurs et les méprises qui se commettent au moment du flagrant délit sont souvent irréparables; et quand il serait toujours possible de recommencer avec succès ce qui a été mal fait dans le principe, il en résulterait toujours un surcroît de dépense qu'on aurait prévenu par un choix plus éclairé. »

1892. Une question est née à ce sujet. Le juge peut-il appeler indifféremment soit des docteurs en médecine, soit des officiers de santé? D'une part l'article 44 ne désigne, pour assister le

¹ Mittermaier, De la preuve, chap. XXVI; Schenck, tom. II, p. 61.

² Arr. cass. 2 sept. 1847 (Bull., n° 205).

n'y a point d'exclusion possible : le juge doit prendre le premier expert médecin ou officier de santé qu'il trouve sous sa main.

Peut-être serait-ce une bonne et utile institution que celle qui attacherait un ou deux médecins à chaque tribunal et en ferait des auxiliaires habituels de la justice. Ces hommes de l'art pourraient se préparer par des études plus profondes aux opérations de médecine légale qui deviendraient pour eux une fonction ordinaire ; la police judiciaire y puiserait des instructions mieux faites, des procédures dirigées avec plus de certitude. D'un autre côté, liés à la justice par un traitement fixe, ils ne seraient plus froissés par les indemnités mesquines et réellement insuffisantes qui leur sont maintenant allouées et seraient plus disposés à se prêter à tous les transports, à prendre part à toutes les vérifications que le juge croit nécessaires. Il nous paraît qu'une telle mesure, pourvu qu'elle n'enlevât point à l'expert l'indépendance de ses avis, imprimerait aux opérations judiciaires une sûreté et une promptitude qu'elles n'ont pas actuellement.

§ III. *Mode de convocation.*

1893. Les experts sont appelés devant le juge, soit par un avertissement, soit par une lettre. L'avertissement, qui doit être donné sans frais, est généralement conçu en forme de réquisitoire ; il énonce la qualité du magistrat qui le donne, les nom, profession et demeure de celui à qui il est adressé, le lieu où celui-ci doit se transporter, enfin la nature de l'opération à laquelle il est appelé à procéder. Ces renseignements peuvent être utiles à la vérification de l'état des frais auquel l'avertissement devra être ultérieurement annexé. Il nous semble, toutefois, en ce qui concerne la forme de cet acte, qu'il serait préférable d'employer celle d'une lettre. La loi n'a prescrit aucune formule. Le réquisitoire prend habituellement les allures d'un ordre, d'un commandement, et la juste susceptibilité des hommes de l'art peut en être blessée ; ils ne doivent point recevoir d'ordre d'une autorité dont ils sont complètement indépendants ; ils doivent seulement, dans un intérêt général et pour remplir un devoir de leur profession, obtempérer aux demandes et accepter les délégations qui leur sont adressées.

prétendu appliquer cet article au médecin qui aurait refusé son concours à la justice pour la vérification d'un fait judiciaire.

La Cour de cassation avait paru d'abord rejeter cette interprétation en déclarant « que le refus fait par une sage-femme de se rendre près d'une indigente qui réclamait son concours pour accoucher ne rentre sous aucun rapport dans les dispositions de l'article 475, n° 12; qu'il n'existe dans notre législation aucune peine qui puisse être appliquée à un tel refus, tout inhumain et blâmable qu'il soit ¹ ». Mais, par un autre arrêt, la même cour a décidé « que l'article 50 du Code d'instruction criminelle autorise les officiers de police auxiliaires du procureur du roi à faire les actes auxquels ce magistrat doit procéder dans le cas de flagrant délit, en se conformant aux mêmes règles; qu'ils peuvent donc, en vertu de l'article 43, se faire accompagner comme lui, s'il le jugeait nécessaire, d'une ou de deux personnes présumées, par leur art ou profession, capables d'apprécier la nature et les circonstances du crime ou du délit à constater; que ces personnes encourent la peine prononcée par l'article 475, n° 12, lorsqu'elles refusent ou négligent d'obtempérer à leurs réquisitions; qu'il ne leur suffit pas, pour échapper à cette condamnation, d'alléguer qu'elles n'ont pas pu y obéir; qu'elles doivent justifier de ce fait devant le tribunal saisi de la prévention; d'où il suit que celui-ci est tenu d'apprécier la preuve produite et de déclarer expressément, s'il les relaxe de la poursuite, qu'elles se sont trouvées dans l'impossibilité qui peut seule rendre leur refus ou leur négligence excusable ² ».

1895. Cet arrêt, qui décide la question sans donner aucune raison de sa solution, peut donner lieu à quelques objections. Il suffit de lire attentivement l'article 475, n° 12, pour être assuré qu'il n'a eu en vue qu'un concours matériel. Les exemples qu'il énumère le démontrent avec évidence : il s'agit d'éteindre un incendie, de sauver des naufragés, de défendre des personnes ou des propriétés violemment attaquées, d'aider à l'arrestation d'un coupable ou à l'exécution d'un jugement. Dans toutes ces hypothèses il y a péril, et le secours, qui doit être immédiat, consiste uniquement dans un acte matériel. La loi fait un devoir aux

¹ Arr. cass. 4 juin 1830 (Bull., n° 156).

² Arr. cass. 6 août 1836 (Bull., n° 267).

Mais lorsque les experts ont déjà, après avoir prêté serment, procédé à quelque opération, s'il est nécessaire qu'ils procèdent dans la même affaire à de nouvelles visites et à de nouvelles opérations, soit pour compléter les premières, soit pour vérifier des faits ultérieurement découverts, ils ne doivent point réitérer cette formalité : leur premier serment domine toutes les opérations de l'affaire ; ils agissent sous son influence et sous sa foi ; il serait inutile d'en renouveler l'accomplissement à chaque acte de leur fonction ; ce serait substituer à une garantie réelle une formule stérile ¹.

1897. Le juge d'instruction, en ordonnant l'expertise, doit préciser avec soin les faits qui seront soumis à son examen. L'expertise, en effet, n'est qu'une mission ; il faut donc pour la remplir en connaître clairement les termes et l'objet. Comment l'expert lèverait-il les doutes de la justice, s'il ne sait pas où ils portent ? Comment éclairerait-il sa marche, s'il ne connaît pas le but vers lequel elle tend ? Il importe même que le juge, après avoir fixé les points qui sont l'objet de l'expertise, pose chacune des questions qu'elle doit résoudre. Ces questions ne doivent point être trop circonscrites, car il faut que les explications soient complètes ; elles ne doivent point être trop générales et trop vagues, car les réponses manqueraient de netteté et de précision ².

En général, les explications que demande le juge, les questions qu'il soumet à l'examen des experts, doivent être posées dans une ordonnance qu'il rend à ce sujet. Cette ordonnance remise aux personnes qu'il a déléguées est la base de leur rapport et leur trace le champ de leurs investigations. Jointe aux pièces, elle explique et régularise les opérations de l'expertise. Mais, dans les cas urgents, et par exemple au cas de flagrant délit, il suffit que le juge mentionne dans son procès-verbal la délégation et le serment des experts. Telle était la distinction de l'ancienne jurisprudence : « Les rapports d'experts, dit Jousse, pour faire foi en justice, doivent être faits en vertu d'une ordonnance du juge, lorsque le cas ne requiert pas célérité, comme s'il s'agit de constater une vérification d'écriture, une monnaie

¹ Arr. cass. 4 nov. 1834 (Bull., n° 363).

² Mittermaier, chap. XXVIII, n. 17.

pas être considéré comme exclusif de tout autre, au moins faut-il admettre que ce cas a été énoncé à titre d'exemple, et que, par conséquent, les cas nouveaux auxquels cette mesure serait étendue doivent être nécessairement de la même nature. Car il est évident que, parce que la loi a permis de déléguer tel acte, il ne peut s'ensuivre qu'elle ait voulu la délégation d'un acte d'un caractère entièrement différent. La règle dérive ici de la nature même de l'acte que la loi a voulu donner pour exemple. En procédant par forme démonstrative, elle a fait de l'analogie des actes la condition de toute délégation nouvelle. Or, il y a lieu de distinguer, parmi les actes d'instruction, ceux qui ont pour objet la constatation matérielle d'une déclaration ou d'un fait, et ceux qui ordonnent l'emploi d'un moyen de contrainte, qui opèrent la lésion actuelle d'un droit, qui causent un grief immédiat aux parties. La loi a permis la délégation des premiers, car elle a permis la délégation de l'audition des témoins; or, cette audition n'étant qu'une constatation matérielle de leurs déclarations, il s'ensuit que tous les actes de la même nature et par conséquent toutes les constatations de faits rentrent dans la même catégorie; elles peuvent dès lors faire l'objet d'une délégation.

1905. Mais il n'en est plus ainsi à l'égard des actes autres que ces constatations. Lorsqu'il s'agit, en effet, non plus de recevoir une déclaration ou de faire une vérification locale, mais de procéder à une perquisition, d'ordonner une expertise ou d'appliquer une mesure de contrainte, c'est au juge lui-même, si l'acte a lieu sur son territoire, qu'il appartient de l'exécuter. Ces derniers actes supposent un pouvoir d'appréciation, non-seulement dans l'acte qui les ordonne, mais dans les actes d'exécution : ainsi il y a lieu de décider dans une perquisition, par exemple, à quels lieux doit s'étendre l'inspection, à quels objets doit s'appliquer la saisie, à quelles personnes doivent s'adresser les mesures de contrainte. Or, si le juge peut déléguer le droit de constater un fait, il ne peut déléguer le droit de l'apprécier. La loi a voulu, dans ces circonstances importantes, la double garantie de son appréciation personnelle et de sa présence sur les lieux. L'indication qu'elle a faite est une limite nettement posée entre les actes dont elle permet la délégation et les actes qu'elle réserve au juge lui-même : les premiers sont les actes matériels

qu'un procès-verbal constate, les autres sont toutes les mesures qui supposent, soit dans leur prescription, soit dans leur application, une certaine appréciation de leur utilité et de leurs effets.

Et d'ailleurs, quel serait le titre du juge de paix pour procéder à ces mesures? Si la loi lui a donné les pouvoirs de la police judiciaire, elle ne lui a point donné les pouvoirs de l'instruction; il ne peut donc, hors du cas du flagrant délit, procéder à aucun acte de la procédure, si ce n'est par commission rogatoire et en vertu des articles 83 et 84, à l'audition des témoins. Est-ce dans la délégation même qu'il puiserait ce droit nouveau? Mais il est évident que si le juge d'instruction peut transmettre à un officier le soin d'accomplir un acte qui est dans les attributions de celui-ci, il ne peut lui conférer une compétence et des pouvoirs que la loi ne lui a pas donnés; toute compétence pour procéder à des actes de juridiction ne peut prendre sa source que dans la loi, et nulle délégation, quels qu'en soient les termes, ne peut étendre le cercle légal où elle a été enfermée. Le juge de paix ne peut donc exécuter la commission qui lui est donnée qu'autant qu'elle rentre dans la sphère de ses attributions. Or, peut-on admettre que le droit d'entendre des témoins emporte le droit de faire des perquisitions ou de procéder à des saisies?

Ces motifs nous portent à penser que, suivant l'esprit et le texte des articles 83 et 84, le droit de délégation doit être limité, non point à l'audition des témoins seulement, mais aux actes d'instruction qui ont pour objet la constatation ou la vérification d'un fait. C'est en appliquant cette doctrine que nous avons déjà été conduit à penser que le droit de procéder à une visite domiciliaire ne peut être délégué¹. Nous l'appliquerons plus loin à la délivrance des mandats.

§ II. *Délégation de l'audition des témoins et de l'interrogatoire des inculpés.*

1906. La loi autorise formellement les délégations qui ont pour objet l'audition des témoins, mais elle ne les autorise pas dans tous les cas.

La première condition de la délégation est qu'il soit, aux

¹ Voy. supra n° 1803.

termes de l'article 83, « constaté, par le certificat d'un officier de santé, que des témoins se trouvent dans l'impossibilité de comparaître sur la citation qui leur aura été donnée ». Ainsi, dans le texte de la loi, c'est l'impossibilité où se trouve le témoin de comparaître, par suite d'infirmités ou de maladie, qui crée le droit de déléguer. Nous avons vu toutefois que ce texte n'est pas limitatif, et que, s'il indique un cas où le juge peut déléguer cette audition, il n'exclut pas cette mesure en dehors de ces termes. Le juge peut donc, lors même que le témoin n'est pas dans l'impossibilité de se transporter, si ce témoin demeure à une grande distance, s'il est chargé d'un service public, si sa présence ne paraît pas absolument nécessaire pour l'éclaircissement des faits¹, commettre un autre juge pour l'entendre; mais il doit néanmoins user à cet égard d'une grande circonspection. Le juge délégué ne le remplace point; car, étranger à la procédure, il ne peut en connaître les nécessités, et les dépositions écrites ne suppléent point l'audition des témoins, car elles ne donnent ni leur attitude, ni leurs hésitations, ni les lacunes des réponses, ni les questions que ces réponses motivaient. M. Mangin a très-exactement exprimé ce grave inconvénient: « Les délégations, dit-il, sont un obstacle à ce que les informations soient faites avec l'exactitude, l'unité de vues et la perfection désirables. Le juge délégué ne connaît que les parties de l'instruction qui ont été détachées du tout. En supposant même que les notes qui lui sont transmises soient claires et complètes, ce qui n'arrive pas toujours, il est hors d'état d'apprécier la valeur de plusieurs particularités dont parlent les témoins, et sur lesquelles il serait important qu'ils s'expliquassent davantage, particularités que le juge déléguant n'a pu prévoir, parce qu'il ignore ce que le témoin dira. La représentation des pièces de conviction, la confrontation du prévenu, si souvent nécessaires, deviennent impossibles. Tous les procureurs généraux ont dû remarquer que la plupart des procédures dans lesquelles le juge d'instruction avait usé de la faculté de déléguer étaient imparfaites. Ainsi, loin de faciliter l'usage de ce droit, ils doivent, autant qu'ils peuvent, en restreindre l'exercice, et tenir la main à ce que, dans les affaires graves du moins, les juges d'instruction entendent per-

¹ Circ. min. de la just., 9 avril 1825.

termes? Le juge d'instruction ne peut-il déléguer l'interrogatoire du prévenu dans aucun autre cas que celui qu'elle a prévu? Il est, en premier lieu, de règle générale, que le juge chargé d'instruire une affaire doit procéder lui-même à l'interrogatoire du prévenu. Cet interrogatoire, qui est l'acte principal de l'instruction, est la seule voie qui ait été laissée au prévenu pour se défendre, pendant l'instruction préalable, contre l'inculpation qui pèse sur lui; ce n'est que dans ses réponses, dans ses aveux ou ses dénégations, dans ses explications enfin, que le juge peut puiser la direction qu'il doit donner à la procédure. Comment pourrait-il donc instruire, s'il ne connaît pas la personne contre laquelle il instruit, s'il ne se rend compte ni de son caractère, ni de ses habitudes, ni de ses antécédents, s'il n'a d'autres renseignements que le procès-verbal d'un interrogatoire subi devant un juge étranger à la procédure, et qui ne peut suppléer à la présence même du prévenu, à l'examen de ses gestes, de son attitude, aux questions que ses réponses auraient pu susciter? Ce n'est donc que dans des circonstances tout à fait extraordinaires que la délégation de l'interrogatoire peut avoir lieu, et il ne peut être question dès lors que d'étendre plus ou moins l'exception établie par l'article 103.

Les textes du Code ne fournissent que peu de secours sur ce point. L'article 266 dispose que le président des assises, chargé d'entendre l'accusé lors de son arrivée dans la maison de justice, pourra déléguer ces fonctions à l'un des juges. L'article 497 déclare que, lorsqu'une section de la Cour de cassation est saisie de l'examen d'une prévention criminelle contre un tribunal ou contre un juge, le président peut déléguer l'audition des témoins et l'interrogatoire des prévenus à un juge d'instruction autre que celui du lieu où ils se trouvent. Mais l'audition du prévenu, dans la première de ces hypothèses, n'est pas un acte d'instruction, et, dans la seconde, la délégation est justifiée par les circonstances spéciales dans lesquelles elle a lieu. On ne saurait donc induire de ces deux textes une tendance du législateur à étendre la délégation de l'interrogatoire. On pourrait peut-être, au contraire, apercevoir une tendance opposée dans les articles 236 et 237. L'article 236 porte que le conseiller désigné par la chambre d'accusation, dans le cas d'évocation d'une poursuite criminelle, fera les fonctions du juge instructeur, et l'article 237 ajoute qu'il en-

avait renvoyé devant la cour d'assises un prévenu de délit de presse sans qu'il eût subi aucun interrogatoire. Cet arrêt a également été cassé : « Attendu que l'interrogatoire du prévenu n'est pas seulement un moyen d'information, que c'est aussi un moyen de défense ; qu'ainsi la formalité est substantielle ; que la loi du 26 mai 1819 et celle du 27 juillet 1849, sur la poursuite des délits de la presse, n'ont pas dispensé les magistrats chargés de l'instruction de se conformer aux dispositions des articles 91 et 93 du Code d'instruction criminelle ; qu'au ministère public seul il appartient, en cas de citation directe, de soustraire la poursuite à l'empire de cette règle, mais que la chambre du conseil, ni la chambre d'accusation n'ont pu déclarer une prévention de délit existante contre l'auteur présumé de la publication, sans l'avoir mis à portée de se défendre ; que les délais prescrits par la loi pour faire statuer sur la validité de la saisie ne forment pas obstacle à ce que les formalités ordinaires et substantielles soient remplies à l'égard de la personne inculpée ; que, dans l'espèce, après que l'autorisation de poursuites, émanée de l'Assemblée nationale, à l'égard de Dufraise, l'un de ses membres, avait permis au juge d'instruction de le mettre en cause et de l'interroger, celui-ci a soumis son rapport à la chambre du conseil et que celle-ci a déclaré sa mise en prévention ; que la chambre d'accusation l'a renvoyé devant la cour d'assises sans qu'il eût été interrogé ; que cet arrêt a violé les droits de la défense ¹. »

1922. La seconde conséquence, qui est déduite au contraire de ce que l'interrogatoire est un moyen d'instruction, est que le juge peut, quel que soit l'état de l'affaire, ordonner la comparution personnelle et l'interrogatoire du prévenu. Cette règle ne donne lieu à aucune difficulté dans le cours de l'instruction ; mais elle a soulevé des questions délicates, lorsqu'il s'agit de la comparution et de l'interrogatoire à l'audience ². Nous reviendrons ultérieurement sur ces questions.

Si le prévenu n'est pas en état d'arrestation, le juge peut, pour l'interroger, se servir, suivant les circonstances, soit du mandat de comparution, soit du mandat d'amener. Nous préciserons, dans le chapitre suivant, les cas de l'emploi de ces deux mandats.

¹ Arr. cass. 16 nov. 1849 (Bull., n° 303).

² Voy. notamment Cass. 31 mai 1851 (Bull., n° 203).

droit de défense en vertu duquel l'inculpé peut répondre ou ne pas répondre aux questions qui lui sont faites, selon qu'il le juge convenable à ses intérêts, le juge, après lui avoir adressé les observations qu'il croit utiles, doit se borner à constater son silence. Mais il est clair que, dans cette dernière hypothèse, ce silence ne pourrait entraver la marche de la procédure. L'inculpé mis en demeure de répondre est libre, s'il n'est pas préparé ou s'il craint de se compromettre par une réponse irréfléchie, de dénier toute explication au moment de l'interrogatoire; mais il suffit qu'il ait été effectivement interrogé pour que la formalité soit réputée accomplie; le juge, en le plaçant à même de répondre, a fait, en ce qui le concerne, ce que la loi exige; il ne peut dépendre de l'inculpé d'échapper aux mesures de l'instruction en ne donnant pas de réponse aux questions qui lui sont adressées. Néanmoins, le juge ne doit pas se tenir à un premier refus, et, par un second interrogatoire, il doit mettre de nouveau le prévenu à même de produire des explications avant de terminer la procédure.

1926. Le premier interrogatoire d'un inculpé doit avoir lieu dans le plus bref délai possible : cette règle, que l'article 93 a formellement consacrée, est fondée, suivant Jousse, sur deux motifs : « 1° afin de voir par les interrogatoires si les accusés sont véritablement criminels, de peur que les innocents ne soient injustement détenus dans les prisons, et que les juges puissent les élargir promptement; 2° afin que les criminels n'aient pas le temps d'inventer des moyens pour déguiser la vérité ». « Cela posé, l'inculpé peut-il demander un délai pour préparer ses réponses? Tout délai, dans notre ancienne jurisprudence, lui était dénié : *Non sit dandum*, dit Julius Clarus, *in criminalibus tempus reo ad deliberandum* ¹. Farinacius ajoute : *Videtur ipsum posse cogi ad respondendum, secundum communem et practicatam opinionem* ². Enfin, Guazzinus dit nettement : *Si reus petat dilationem ad respondendum affirmativè vel negativè, non erit ei concedenda* ³. » Ce qui est fondé, dit Jousse, sur ce que l'interrogatoire

¹ Conf. Duverger, n. 337.

² Tom. II, p. 254.

³ Quæst. 45, n. 7.

⁴ Quæst. 37, n. 179.

⁵ Defens. XX, cap. 16, n. 4.

fait promptement et sur-le-champ est le moyen le plus sûr pour tirer la vérité de l'accusé, et pour empêcher que la réflexion ne l'engage à inventer des ruses et des mensonges pour la déguiser, et aussi pour prévenir les conseils ou instructions qu'on pourrait lui donner à cet égard ¹. » La règle posée par notre Code est la même que celle de l'ancien droit. L'interrogatoire, ainsi que nous l'établirons dans le paragraphe suivant, doit avoir lieu sur-le-champ et de manière à précéder les suggestions d'une défense préméditée; tous les délais seraient contraires à cet esprit de la loi, sauf, toutefois, les délais très-courts que l'inculpé invoquerait à raison de l'émotion et du trouble que son arrestation lui aurait fait éprouver. Mais il y a entre les deux législations cette différence que, dans l'ancien droit, la résistance pouvait être vaincue par la torture : *Si nullatenus reus vellet respondere, tunc ad respondendum potest cogi per torturam* ², tandis qu'aujourd'hui l'inculpé, s'il n'obtient pas un délai, peut refuser de répondre quant à présent et demander ultérieurement de subir son interrogatoire. Ces deux mesures constituent l'une et l'autre son droit de défense.

1927. Peut-il refuser de répondre jusqu'à ce qu'il ait reçu communication des charges de la prévention? Julius Claras, qui pose cette question, la résout négativement : *Reus interrogetur et examinetur antè datas defensiones et copiam indiciorum* ³. Jousse pose également comme une règle que « l'accusé ne doit avoir aucune connaissance ni communication des faits sur lesquels on doit l'interroger, afin qu'il n'ait pas le temps de préparer ses réponses et d'inventer des mensonges pour déguiser la vérité » ⁴. L'article 10 de la loi du 17 pluviôse an IX faisait une distinction : « le prévenu sera interrogé avant d'avoir eu communication des charges et dépositions; lecture lui en sera donnée après son interrogatoire, et, s'il le demande, il sera de suite interrogé de nouveau. » Nous croyons que la règle tracée par cet article, sauf le mode même de communication par la lecture des pièces, doit encore être suivie : le juge d'instruction peut interroger l'inculpé

¹ Tom. II, p. 260.

² Farinacius, quest. 37, n. 182; Guazzinus, def. XX, cap. 16, n. 9.

³ Quest. 45, n. 8.

⁴ Tom. II, p. 457.

plus il était habile. Les légistes posent en principe qu'il lui est permis d'employer des questions obscures ou à double sens : *judex pro eruendâ veritate potest uti interrogationibus dubiis, obscuris, et sophisticis et simulatè agere* ¹; qu'il peut se servir de ruses et mensonges, pourvu qu'ils tendent à une bonne fin ²; qu'il peut, par exemple, pour faire parler le prévenu, lui faire une promesse d'impunité : *potest judex ad eruendam veritatem talem promissionem impunitatis reo facere* ³. Laroche-Flavin va plus loin : « Il est permis et loisible aux juges de mentir quelquefois pour rechercher et découvrir la vérité des crimes et forfaits : comme si un prévenu notoirement diffamé de quelque crime n'en veut toutefois rien dire, ny accorder en ses auditions, ni mesmes étant mis à gehenne : alors le juge peut lui faire croire que ses complices et compagnons prisonniers l'ont accusé, encore qu'ils n'y aient pensé, car alors, pour se venger, il rendra peut-être la pareille. De même le juge peut promettre de sauver la vie à un des complices à la charge de découvrir les autres ⁴. »

Ces usages odieux, combattus par les criminalistes du XVIII^e siècle, étaient peu à peu tombés en désuétude ⁵. Jousse établit une doctrine directement contraire : « Une règle nécessaire au juge pour bien interroger, dit-il, est que toutes les questions qu'il fait à l'accusé doivent être claires, précises et sans équivoque. Il doit surtout éviter de se servir de ruses et de discours captieux pour surprendre l'accusé. Outre que cette voie ne convient point à la dignité d'un magistrat, c'est qu'en usant de ce moyen, il paraîtrait plutôt agir avec passion qu'animé du zèle et du bien de la justice. Ainsi, il doit prendre garde, en interrogeant un accusé qui n'est pas encore convaincu, de lui faire des interrogations comme s'il avait commis le crime, comme dans le cas où il lui demanderait s'il s'est servi d'un bâton ou d'une épée pour frapper celui dont on poursuit l'homicide. Cette manière d'interroger doit être considérée comme captieuse et indigne de la sagesse d'un juge. Le juge doit aussi éviter de suggérer les réponses à l'accusé. Par exemple, en l'interrogeant sur ses com-

¹ Covarruvias, Var. resol., lib. I, cap. 2, n. 16; Gomez, De delict., cap. 13, n. 4; Farinacius, cons. 83, n. 7.

² et ³ Julius Clarus, quæst. 45, n. 8. Toutefois Julius Clarus ajoute : *Certè hæc opi mibi nunquàm placuit.*

⁴ Des parlements de France, p. 507.

⁵ Bruneau, tit. XVI, p. 132; Serpillon, tom. I, p. 649.

plices, il ne doit pas lui demander si un tel était du nombre de ceux qui ont commis le crime avec lui; mais seulement quels sont ceux qui étaient avec lui dans le temps du crime commis, parce que la première de ces deux manières d'interroger est plutôt une suggestion qu'une demande. Un autre artifice dont le juge ne doit jamais user à l'égard d'un accusé est de lui promettre l'impunité et qu'il ne lui sera rien fait, afin de l'engager par ce moyen à avouer; car il n'est pas au pouvoir du juge de lui tenir parole. La voie de promettre à l'accusé qu'on le ménagera, ou qu'on diminuera sa peine, afin de l'engager à avouer, est un moyen dont le juge ne doit jamais user, et qui, quoique moins criant, n'est pas moins répréhensible. Le juge doit aussi éviter avec beaucoup de soin, en interrogeant un accusé, d'user de menaces, par exemple, qu'il le fera mettre au cachot ou dans les fers s'il n'avoue pas. Toutes ces voies sont injustes et tyranniques, parce qu'il arrive souvent que la crainte, la terreur et les menaces du juge étonnent tellement le criminel qu'il lui arrive de faire des réponses toutes contraires à ce qu'on lui demande, et que, quelquefois même, il avoue des faits qui ne sont pas vrais ¹.

Néanmoins, le même criminaliste, après avoir répudié si nettement la doctrine de ses prédécesseurs, ajoute : « Il est vrai que le juge peut user d'adresse et quelquefois même d'une espèce de surprise et de feinte pour découvrir la vérité et tirer l'aveu du criminel. La considération de l'intérêt public et la nécessité d'entretenir le bon ordre dans la société par la punition des coupables ont fait adopter ce moyen, qui est approuvé généralement par tous les auteurs, et qui a été employé par des juges intègres, mais il doit entrer beaucoup de sagesse et de prudence dans l'usage qui en est fait. Il faut que l'artifice soit innocent, sans reproche, exempt de fraude et de mensonge, et lorsque le juge se sert de ces sortes de feintes, il doit faire mention de ses demandes dans l'interrogatoire et faire mettre le tout par écrit. En un mot, il faut que les moyens d'adresse que le juge emploie soient justes et légitimes, et il doit toujours être sur ses gardes, pour ne pas devenir le ministre de la calomnie et de l'oppression. S'il doit user de beaucoup d'art pour découvrir la vérité, ce doit être aussi toujours sans aucune tromperie et sans alarmer le cri-

¹ Tom. II, p. 275.

sans doute, adresser à l'inculpé, quoique avec prudence et réserve, de sages exhortations, il peut lui démontrer, par un raisonnement simple, l'insuffisance et la faiblesse de ses réponses ; mais est-ce qu'il ne répugnerait pas à la conscience de ruser, même avec une culpabilité qui se débat, à plus forte raison avec un inculpé qui se défend ? Est-ce que le magistrat qui entrerait dans une pareille voie ne descendrait pas de la hauteur de ses fonctions pour prendre un office de police ? qu'il se tienne en garde contre les subterfuges de l'inculpé, à la bonne heure, mais qu'il ne retourne pas contre celui-ci les mêmes subterfuges. Nous aimons à citer les paroles suivantes d'un membre du ministère public : « Le juge d'instruction a des devoirs particuliers à remplir envers les inculpés. L'impartialité de ses interrogatoires doit leur donner une assurance qui rendra leur défense facile. Dans cette lutte, il a tant d'avantages, lui qu'aucune passion n'aveugle, lui qui joint à l'autorité une raison plus exercée, qu'il dédaignera tous les moyens qui ne seraient pas d'une entière loyauté : aucune surprise, aucune menace, rien par artifice, rien par peur. Il ne violentera pas la conscience du coupable, il doit tout obtenir par la persuasion qui fait parler le repentir et par le raisonnement qui désarme le mensonge¹. »

Il nous paraît donc que toute surprise et toute feinte doivent être prosrites de l'instruction, que le droit d'interroger l'inculpé n'emporte pas celui de l'embarrasser dans des questions adroitement tissées, pour le faire tomber dans des contradictions ; que le juge, qui ne cherche pas un coupable, mais seulement la vérité, ne doit pas substituer à l'examen un combat où le plus faible doit nécessairement succomber². Et c'est surtout vis-à-vis des inculpés qui sont illettrés, qui sont ignorants des formes de la justice, qui n'ont aucune notion des droits que la loi leur assure, qu'il importe de faire avec plus de sollicitude l'application de cette règle. Domat, que nous citions tout à l'heure, a dit encore : « Les juges doivent rendre la justice principalement aux pauvres, comme les plus exposés à l'oppression, et c'est pour cela qu'il semble que c'est principalement pour les pauvres que les juges

¹ M. Desclozeaux, *Gaz. des trib.* 4 nov. 1836.

² Servan, *Disc. sur l'admin. de la just. crim.*, tom. I, p. 51 ; Béranger, *De la just. crim.*, p. 401 ; Meyer, *Inst. jud.*, n. 3, p. 296 ; Dupin, *Obs. sur la législ. crim.*, p. 146.

réponses, ce sont les réponses qui doivent se mettre en rapport avec les questions posées ¹.

Jousse dit encore que le juge peut faire porter ses interrogations non-seulement sur les faits qui résultent des procès-verbaux, informations et autres actes de l'instruction, mais encore sur ceux *qu'il a appris hors justice* ². Cette doctrine n'était pas suivie même dans l'ancienne jurisprudence. Bornier déclare « que le juge ne doit pas interroger l'accusé sur d'autres crimes dont il n'y a point de preuve ni d'indices ; la raison est parce que *id suggerentis potius officium est quam interrogantis* ³. » Muyart de Vouglans enseigne également « que le juge ne peut interroger sur des faits qui conduiraient à la preuve du crime, lorsque ces faits ne sont connus que de lui seul, et qu'il n'en est fait mention ni dans les informations ni dans les mémoires qui lui seraient administrés ; ce qui est la suite de la maxime que *index debet judicare secundum allegata et probata* ⁴. » Il est certain que le juge doit strictement renfermer ses questions dans le cercle des faits de la prévention, puisqu'il n'est saisi que de ces faits et que l'inculpé n'est appelé que pour y répondre. L'interrogatoire est un moyen d'instruction et non un moyen d'investigation ; il ne doit donc porter que sur des faits déjà vérifiés par l'information ⁵.

Enfin, Jousse disait aux juges d'instruction de son temps : « Une observation nécessaire est de bien prendre garde de témoigner trop de colère à l'égard de l'accusé ou de se montrer familier envers lui : le juge doit également éviter ces deux défauts. Il doit interroger avec assurance et d'un ton ferme, et il serait peu convenable qu'il se laissât émuouvoir par une faiblesse et une compassion déplacée ; car il doit toujours se souvenir qu'il est préposé également pour la conviction comme pour la défense de l'accusé. En un mot, il doit se comporter, dans toute la suite de l'interrogatoire, avec dignité, interroger d'un même ton de voix, et garder toujours la modération et la prudence ⁶. » Ces paroles ne font à peu près que traduire un texte de la loi romaine : *Sed*

¹ Conf. Duverger, n. 342.

² Tom. II, p. 273.

³ Tom. II, p. 189.

⁴ De l'inst. crim., p. 457.

⁵ Conf. Duverger, n. 343.

⁶ Tom. II, p. 272.

arraché aux esclaves par la torture ; *causâ cognitâ, habenda fides aut non habenda* ¹.

Ce n'est que lorsque la procédure accusatoire vint à se compliquer de plusieurs éléments nouveaux qui la modifièrent que l'aveu prit dans la jurisprudence une place plus importante. Il fut considéré comme une cause suffisante de détention préventive : *Si confessus fuerit reus, donec de eo pronuntiaretur, in vincula publica conjiciendus est* ²; il fut même placé sur la même ligne que les témoignages ³. Mais il ne paraît pas qu'il fût admis, en dehors de toute autre preuve, comme pouvant servir de base nécessaire à une condamnation. Ulpien réserve l'appréciation du juge : *Si quis de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda sit; nonnunquam enim aut metu aut quâ de aliâ causâ in se confitentur* ⁴. L'empereur Sévère exige, en outre, le concours d'une autre preuve ou au moins d'indices confirmatifs : *Divus Severus rescripsit confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat* ⁵. On oppose à la vérité à ces derniers textes la règle *confessos in jura pro judicatis habere placet* ⁶, que d'autres lois avaient établie. Mais, sans renouveler une controverse qui aurait ici peu d'intérêt, et qui a épuisé la science des commentateurs, il y aurait lieu peut-être de faire remarquer que les lois qui assimilent l'aveu au jugement même ne s'appliquent point aux matières criminelles, et que c'est en confondant des règles relatives à des matières différentes que les commentateurs ont en général jeté tant de confusion dans la science juridique.

1935. La procédure inquisitoriale considéra l'aveu de l'inculpé comme la première des preuves, parce qu'elle produisait la plus grande somme de certitude. La faiblesse de cette procédure consistait principalement dans son impuissance à produire une conviction réelle dans l'esprit du juge; de là la tendance incessante de toutes les trames d'une instruction armée de l'interrogatoire

¹ Ulp., l. 1, § 25, Dig., De quest.

² L. 5, Dig., De custodiâ reorum.

³ L. 16, Cod., De pœnis; l. 8, Cod. ad leg. Jul. de vi publicâ.

⁴ L. 1, § 27, Dig., De quest.

⁵ L. 1, § 17, Dig., cod. tit.

⁶ L. 1, Dig., De confessis; l. 1, Cod., De confessis.

viction, on y joigne des preuves qui ne dépendent pas de sa seule reconnaissance, sans quoi il ne peut être regardé comme suffisamment convaincu ¹. »

Quelles étaient ces preuves indépendantes de l'aveu et qui devaient, pour qu'il fit preuve complète, l'accompagner? C'étaient les circonstances qui, par leur concomitance, étaient pour ainsi dire les témoins de sa sincérité. Il fallait : 1° que la confession fût appuyée de la constatation du corps du délit; car « l'accusé ne peut faire par sa confession qu'il y ait un crime où il n'y en a point »; 2° qu'il y eût même quelques indices à l'appui de la vérité de la déclaration²; c'est cette concordance de l'aveu et des faits recueillis par l'instruction qui formait sa garantie³; 3° que la confession fût faite dans le même procès et qu'elle tombât sur le même crime; car, si elle avait été faite dans une autre circonstance, par exemple, lorsque l'accusé déposait comme témoin, elle ne pouvait donner lieu qu'à la torture ou à une peine extraordinaire⁴; 4° qu'elle intervint dans l'interrogatoire même; car, si elle n'était pas faite devant le juge, elle n'avait pas un caractère judiciaire; 5° qu'elle fût précise et catégorique sur le fait qui était l'objet de l'interrogation; car, si elle était ou restrictive ou embarrassée, elle était non avenue : c'est pour cela que le silence de celui qui refusait de répondre n'était point censé emporter la confession du crime⁵; 6° qu'elle fût uniforme et persistante : il est évident, en effet, que si les déclarations faites dans les différents interrogatoires se contredisaient entre elles, il était difficile d'admettre la sincérité de l'aveu⁶; 7° enfin, qu'elle fût libre, volontaire et faite en connaissance de cause⁷. (Voy. n° 356 et suiv.)

Le confession qui réalisait toutes ces conditions faisait preuve complète des crimes. « Quand l'accusé, dit Jousse, avoue ainsi librement, sans aucune violence et dans un état tranquille, une

¹ Lettres du chancelier d'Aguessseau, n. 199.

² Muyart de Vouglans, *Inst.*, p. 339; Jousse, tom. I, p. 671.

³ Julius Clarus, *quest.* 55; contr. Farinacius, *quest.* 81, n. 13.

⁴ Mittermaier, *De la preuve*, chap. XXXII.

⁵ Muyart de Vouglans, *eod. loc.*

⁶ Muyart de Vouglans, *Inst.*, p. 340; Julius Clarus, *quest.* 55; Farinacius, *quest.* 81, n. 88.

⁷ Mittermaier, p. 260.

⁸ Julius Clarus, *quest.* 54; Jousse, tom. I, p. 673; Muyart de Vouglans, 334.

de la maxime *non auditur perire volens*. Ce pourvoi a été rejeté : « Attendu que la violation d'une maxime de jurisprudence ne peut constituer un moyen de cassation qu'autant que cette maxime serait revêtue du caractère législatif, et qu'aucune loi ne défend aux juges correctionnels de faire entrer dans leurs éléments de conviction l'aveu du prévenu, et ne leur impose à cet égard des règles différentes de celles qui existent pour les jurés¹. » Ainsi, en matière correctionnelle comme en matière criminelle, l'aveu du prévenu fait partie des éléments de conviction dont les juges disposent, et demeure soumis à leur libre appréciation.

Dès lors il n'est plus nécessaire, comme dans l'ancienne jurisprudence, que l'aveu, pour faire preuve, soit accompagné de la constatation régulière du corps du délit; car le principe de la preuve morale, en laissant le juge libre d'apprécier la valeur de l'aveu, ne lui impose aucune condition pour qu'il devienne un élément de sa conviction. C'est sans doute pour le juge un devoir de n'admettre un aveu à titre de preuve que lorsque cet aveu se rattache à un fait certain et qu'il y a réellement un corps de délit; mais cette condition est livrée à son examen, et s'il peut rejeter l'aveu parce qu'il ne lui paraît pas vraisemblable, il ne peut l'écarter par cela seul que le délit n'est pas constaté par un procès-verbal régulier. La Cour de cassation a jugé dans ce sens « que l'article 154 n'interdit point aux tribunaux de chercher les éléments de leur conviction dans tous les autres modes de preuve admis par l'ensemble de la législation, et notamment dans les déclarations faites en justice par les prévenus eux-mêmes lorsqu'ils proposent leur défense; que sans doute le juge reste le maître d'apprécier la force probante de l'aveu que peut faire le prévenu, eu égard aux circonstances dans lesquelles il intervient; mais qu'il ne peut se refuser d'en faire la base d'une condamnation par le seul motif qu'aucun procès-verbal régulier n'a constaté le fait matériel du délit ou de la contravention, puisque ce serait exiger pour ce fait, contre le vœu des dispositions de la loi, une preuve légale incompatible avec les principes de notre droit criminel; que, dans l'espèce, l'arrêt attaqué a jugé que *l'aveu ne suffit pas lui seul pour entraîner condamnation, lorsqu'il n'existe pas d'ailleurs une constatation du corps du délit...*, en quoi

¹ Arr. cass. 23 sept. 1837 (Bull., n° 293).

1942. La loi romaine, après avoir longtemps admis que l'accusé devait demeurer en liberté jusqu'au jugement ¹, avait établi le principe de la détention préalable : *eoque qui accusatur sub custodia officii facto* ². L'accusé était soit détenu dans une prison, *in carcerem*, soit confié à des gardes qui le surveillaient, *militi traditio*, soit admis à fournir des cautions, soit enfin laissé en liberté sur la promesse de se représenter. Voici le texte d'Ulpien : *De custodia reorum proconsul æstimare solet, utrum in carcerem recipienda sit persona, an militi tradenda vel fidejussoribus committenda vel etiam sibi* ³. Le juge appliquait l'une ou l'autre de ces mesures, suivant la nature de l'accusation, le rang de l'accusé et la gravité des charges : *hoc tantum vel pro criminis, quod objicitur, qualitate, vel propter honorem, aut propter amplissimas facultates, vel pro innocentia personæ, vel pro dignitate ejus qui accusatur, facere solet* ⁴. En général, l'accusé était seulement mis en surveillance, *sub custodia*; il n'était placé en état de détention que lorsque le titre de l'accusation était si grave que toute autre mesure eût été insuffisante : *nisi si tam grave scelus admisisse eum constet, ut neque fidejussoribus, neque militibus committi debeat : verum hanc ipsam carceris pœnam antè supplicium sustinere* ⁵. Mais, dans ce cas même, il fallait qu'il y eût certains indices constatés par le juge : *si prius cæteris indiciis fuerit commotus* ⁶. Quels devaient être ces indices ? la loi ne les indique pas ; nous voyons seulement que l'aveu de l'accusé autorisait la détention : *si confessus fuerit reus, donec de eo pronuntiaretur, in vincula publica conjiciendus est* ⁷ ; d'où l'on pourrait peut-être induire, contrairement à l'opinion de Mathæus, que les indices exigés pour l'emploi de cette mesure devaient être graves ⁸. Enfin, d'après une nouvelle de l'empereur Justinien, les femmes en étaient en général exemptées : *nullam mulierem pro crimina quolibet modo in carcerem*

¹ Voy. n° 38, et Ayrault, liv. III, 2^e part., n. 28.

² Anton., l. 1, Cod. ad senat. Turpillian.

³ L. 1, Dig., De custodia reorum.

⁴ Même loi.

⁵ Ulp., l. 3, Dig., De cust. reorum.

⁶ Diocl. et Marx., l. 17, Cod. ad leg. Corn. de falsis, Mathæus, tib. 58, tit. XIV, cap. 1 et 5.

⁷ L. 5, Dig., De custodia reorum.

⁸ Lib. 48, tit. XIV, cap. 1, n. 8.

mitti aut includi aut custodiri concedimus. Si l'accusation avait pour objet un crime énorme, elles étaient enfermées dans un couvent ou gardées par des femmes : *Sed si crimen gravissimum sit de quo accusatur, in monasterium vel asceterium mittatur, vel mulieribus tradatur per quas custodiatur* ¹.

1943. Les dispositions de notre ancien droit étaient très-précises sur cette matière. La première ordonnance que rendait le juge chargé de l'instruction était le décret. Le décret était un jugement préparatoire qui avait pour effet de placer l'inculpé *inter reos*. Il y avait trois espèces de décrets : le décret d'*assigné pour être ouï*, d'*ajournement personnel* et de *prise de corps*. Le décret d'*assigné pour être ouï*, créé par l'ordonnance de 1670, était une simple assignation à comparaître devant le juge pour être entendu sur les faits résultant des charges et informations. Le décret d'*ajournement personnel* obligeait l'accusé à se présenter en personne pour subir un interrogatoire; il emportait interdiction de tout offic. Enfin, le décret de *prise de corps* ordonnait que l'accusé serait arrêté et constitué prisonnier ².

Le juge décernait ces décrets *selon la qualité des crimes, des preuves et des personnes* ³. Le premier était employé : 1° à l'égard des délits qui étaient de nature à ne mériter aucune peine afflictive ou infamante, et qui étaient néanmoins passibles de peines plus fortes que les peines pécuniaires ⁴; 2° à l'égard même des crimes graves lorsque l'information n'en fournissait aucune preuve ⁵; 3° à l'égard des crimes imputés à des personnes d'un rang distingué ou à des officiers, pour leur sauver l'interdiction ⁶. L'assignation était convertie en décret d'ajournement personnel à défaut de comparution de la partie assignée ⁷.

Le décret d'ajournement personnel était décerné, suivant Muyart de Vouglans, « pour des crimes qui peuvent donner lieu à quelque peine afflictive, ou contre des personnes distinguées qui seraient dans le cas d'être décrétées réellement, sans la considération par-

¹ Nov. 134, cap. 9.

² Ord. 1670, tit. X.

³ Ord. 1670, tit. X, art. 2.

⁴ Muyart de Vouglans, Lois crim., p. 625.

⁵ Muyart de Vouglans, Inst. crim., p. 306; Serpillon, tom. I, p. 554.

⁶ Jousse, tom. II, p. 164.

⁷ Ord. 1670, tit. X, art. 3.

fournisse une caution suffisante de se présenter lorsqu'il en sera besoin, auquel cas il sera laissé à la garde de ses amis qui l'auront cautionné. — Art. 19. Si le délit n'est pas de nature à mériter peine afflictive ou infamante, il ne pourra être donné de mandat d'arrêt contre le prévenu. » Ainsi, sous cette législation, le prévenu d'un délit passible d'amende ou d'emprisonnement ne pouvait, dans aucun cas, être détenu avant jugement; si le délit était passible d'une peine infamante, il pouvait être admis à la liberté sous caution; s'il était passible d'une peine afflictive, la détention préalable était une règle sans exception.

1945. Ces dispositions furent modifiées par le Code du 3 brumaire an IV. Voici les textes de ce Code qui se rapportent à notre matière : « Art. 56. Le juge de paix fait comparaître devant lui tout individu contre lequel il existe des preuves ou des présomptions de délit. — Art. 57. L'ordre qu'il donne à cet effet s'appelle *mandat d'amener*. — Art. 64. Le prévenu amené devant le juge de paix... doit être examiné sur-le-champ ou dans le jour au plus tard. — Art. 66. Si le prévenu détruit entièrement les inculpations qui ont déterminé à le faire comparaître, le juge de paix le met en liberté... — Art. 69. Lorsque le délit est de nature à n'être puni que d'une amende au-dessus de la valeur de trois journées de travail, il ordonne au prévenu de comparaître à jour fixe devant le directeur du jury. Cet ordre se nomme *mandat de comparution*. — Art. 70. Lorsque le délit est de nature à être puni soit d'un emprisonnement de plus de trois jours, soit d'une peine infamante ou afflictive, le juge de paix délivre un ordre pour faire conduire le prévenu en la maison d'arrêt : cet ordre se nomme *mandat d'arrêt*. — Art. 72. Le juge de paix devant lequel est amenée une personne pour délit de nature à n'être puni que d'une amende de trois journées de travail et d'un emprisonnement de trois jours est tenu de la mettre en liberté... — Art. 222. Lorsque le délit qui a donné lieu au mandat d'arrêt n'emporte pas une peine afflictive, mais seulement une peine infamante ou moindre, le directeur du jury met provisoirement le prévenu en liberté, si celui-ci le demande et si, en outre, il donne caution solvable... » On voit que ce système diffère en plusieurs points de celui de l'Assemblée nationale : 1° le Code du 3 brumaire an IV institue le *mandat de com-*

inculpés domiciliés et ceux qui ne le sont pas, la faculté de ne décerner qu'un mandat de comparution, sauf à convertir ce mandat, après l'interrogatoire, en tel autre mandat qu'il appartiendra. Enfin elle attribue encore au juge en toute matière la faculté, sur la demande de l'inculpé et sur les conclusions du procureur impérial, d'ordonner que l'inculpé sera mis provisoirement en liberté, à charge par celui-ci de prendre l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure. « En matière correctionnelle, ajoute l'article 113 modifié, la mise en liberté sera de droit cinq jours après l'interrogatoire, en faveur du prévenu domicilié, quand le maximum de la peine prononcée par la loi sera inférieur à deux ans d'emprisonnement. » Cette disposition ne s'applique pas aux prévenus déjà condamnés pour crime ni à ceux déjà condamnés à un emprisonnement de plus d'une année. La loi du 14 juillet 1865 élargit en même temps les cas et les conditions de la mise en liberté sous caution, qui fera l'objet du chapitre suivant.

1947. Tels sont les textes un peu succincts du Code sur l'une des matières les plus importantes qu'il eût à traiter. Il prévoit et définit les actes qui doivent être employés à l'arrestation des citoyens ; il prévoit et définit à quelle série de faits doit être appliqué chacun de ces actes ; mais sa prévoyance ne paraît pas aller au delà. Quelle est la mission, quel est le but de la détention préalable ? Dans quelles circonstances l'instruction doit-elle y avoir recours ? Quels indices, quelles preuves le juge doit-il attendre et demander à la procédure avant de mander les inculpés devant lui, avant de les retenir en état de détention ? Ce sont là les questions qui dominent toute cette matière et que la loi aurait dû résoudre en thèse générale avant de descendre au règlement de l'emploi et du mode d'exécution des mandats. Elle se borne à poser le droit du juge, et ne trace point les limites et les cas de son exercice. Ce droit n'est-il donc soumis à aucune règle ? Le juge ne doit-il recevoir du législateur aucune direction, aucune ligne de conduite ? N'existe-t-il pas quelques conditions normales de toutes les entraves que la justice pénale apporte à la liberté civile ? Nous allons essayer de suppléer sur ce point aux lacunes de notre Code. Nous examinerons ensuite les difficultés que l'emploi et l'exécution des mandats ont soulevées dans la pratique.

cache, toutes les angoisses de la poursuite, toutes les terreurs d'une arrestation toujours possible. Et quel sera ce lieu de refuge? ne faudra-t-il pas qu'il quitte le sol de la patrie? la justice ne l'atteindra-t-elle pas partout? Le sol étranger a cessé lui-même d'être sûr. La mesure de l'extradition, auxiliaire indispensable de la justice, se multiplie, ainsi que nous l'avons vu précédemment, avec les rapports nouveaux qui lient les peuples entre eux; elle reprend aujourd'hui dans le monde entier les coupables échappés aux tribunaux de leurs pays : la civilisation a fermé les asiles. Et puis, quel est l'intérêt de cette expatriation? quel est le péril qui la commande? Ce n'est pas encore à la peine que l'inculpé veut échapper, elle n'est pas encore prononcée; il a les chances de l'acquittement et les diminue s'il fait défaut, car rendu sans contradiction, sans défense, le jugement sera nécessairement plus rigoureux. Mais, lors même que la condamnation serait certaine, lors même que sa présence ne devrait pas entraîner même une atténuation de la peine, il ne se déroberait par sa fuite, par son exil, qu'à l'exécution matérielle de cette peine; il ne se déroberait pas à l'infamie attachée au jugement, à la peine morale qui l'atteindrait partout, aux incapacités qui en sont la conséquence, à la situation que ce jugement lui fait, indépendamment de son exécution. De là, il faut conclure qu'à l'égard de l'inculpé domicilié, il faut une inculpation grave pour que la détention préalable soit une garantie nécessaire de l'exécution du jugement : les intérêts qui l'attachent au sol résistent, en général, à l'intérêt de sa sûreté personnelle. Mais si la gravité du fait incriminé fait dominer ce dernier intérêt, si d'ailleurs le domicile de l'agent ne suppose pas cette agglomération d'affections et de travaux qui fait son attrait et sa puissance, la justice a le droit de demander un gage de l'exécution de sa sentence; car c'est la certitude de la peine qui fait sa plus grande force, et il est évident qu'elle cesserait d'être efficace s'il était possible de se dérober à son application. La détention, à ce point de vue, n'est donc plus une simple mesure de police, elle est une garantie de la justice, une précaution prise pour assurer l'exécution de ses jugements, précaution nécessaire toutes les fois qu'il y a lieu de craindre que cette exécution ne soit éludée.

Enfin, la principale raison de la détention préalable est qu'elle constitue l'un des plus puissants moyens de l'instruction. Ce

s'agit plus d'une appréciation du droit, mais d'une question d'humanité. La loi, en outre-passant la limite de l'intérêt social, applique à la fois une mesure arbitraire et une souffrance inutile.

Mais comment apprécier cette nécessité? comment poser la limite entre le droit et l'abus du droit? comment déterminer les cas où la détention préalable est une mesure légitime et les cas où elle cesse de l'être? Le législateur devrait peut-être, et c'est même son devoir, prévoir les principales hypothèses dans lesquelles la question peut être agitée, et poser des règles précises qui dirigeraient l'instruction. Mais cette tâche est difficile, d'abord à raison de l'appréciation des faits et des moralités qui fait la base de la nécessité des mandats, ensuite à raison de l'entraînement invincible qui porte tout législateur à exagérer les droits de l'instruction. Il serait plus facile et peut-être préférable de définir nettement le caractère et le but de la détention, et de laisser ensuite au juge d'instruction le pouvoir de l'appliquer, en se conformant au principe indiqué par la loi. Les règles générales sont impuissantes en cette matière; il faut examiner, dans chaque prévention, les exigences de la justice, la position de l'inculpé, le caractère plus ou moins grave des faits. C'est une appréciation individuelle, c'est une inspection toute locale. C'est donc l'office du juge plutôt que de la loi.

1951. Il résulte de toutes ces observations que la détention préalable est à la fois une institution d'ordre et de précaution, une mesure préparatoire et d'instruction; que, comme toutes les institutions qui sont fondées sur la nécessité des faits plutôt que sur un droit strictement établi, il y a lieu de ne l'appliquer que dans les cas seuls où la raison de son existence est clairement constatée; que, là où cette constatation ne serait pas faite, là où elle ne serait plus nécessaire soit à l'ordre, soit à la procédure, elle deviendrait un acte injuste, une mesure oppressive; qu'elle doit être contenue avec d'autant plus de sévérité dans cette limite, qu'elle constitue une exception au droit commun, qui est la liberté civile, et porte un grave préjudice à l'inculpé. A la vérité, ces considérations sont du domaine de la loi plutôt que de la jurisprudence; c'est au législateur qu'il appartient de reconnaître le caractère général de la détention, et d'en déduire des règles d'application ou du moins une direction pour l'exercice

du pouvoir judiciaire. Notre Code présente à cet égard une déplorable lacune, et il est évident que le juge ne peut entièrement y suppléer. Néanmoins, même enfermé dans le cercle que la loi a tracé autour de lui, en ce qui concerne l'emprisonnement préalable, le juge ne doit pas perdre de vue la nature de cette institution. Chaque fois qu'il demeure libre d'ordonner ou de ne pas ordonner une arrestation, de décerner ou de ne pas décerner un mandat, il doit se poser la question : cette mesure est-elle nécessaire à la sûreté publique, à la justice, à l'instruction ? Et ce n'est qu'après avoir constaté cette nécessité, qu'il doit la prescrire. Telle est la première règle que nous avons voulu poser.

1952. Maintenant, nous admettons que le fait incriminé, par sa gravité intrinsèque, doive motiver la détention préalable, et que les nécessités de l'ordre et de la justice l'exigent impérieusement ; il reste à rechercher quelle doit être, dans chaque espèce, la condition de son application. La question n'est plus dans la nature de la mesure, mais dans la moralité de l'agent. Que la détention soit applicable aux délits de la catégorie de celui qui fait l'objet de la poursuite, cela est reconnu ; mais est-elle applicable à l'agent contre lequel s'élèvent des soupçons ? Dans quels cas cet agent peut-il être appelé devant le juge, peut-il être mis en état de détention ? Est-il nécessaire que la procédure ait relevé des indices contre lui, et de quelle nature doivent être ces indices ?

Nous avons vu, dans le paragraphe précédent, que la loi romaine et la législation du XVIII^e siècle exigeaient l'une et l'autre, pour que la détention préalable eût lieu, qu'il y eût soit des indices, soit des charges suffisantes, soit des preuves. Les décrets ne pouvaient même être décernés, sous l'empire de l'ordonnance de 1670, que *sur le vu des charges et informations*. Cette règle, dont nous pourrions constater l'application dans toutes les législations modernes, se trouve également dans la nôtre.

L'article 40 du Code d'instruction criminelle était ainsi conçu dans le premier projet de ce Code : « Le magistrat de sûreté fera comparaître devant lui tout individu contre lequel il existera *des preuves* ou même *des indices graves* d'un délit. L'ordre qu'il donnera à cet effet s'appellera mandat d'amener. La dénonciation ou la plainte ne sera point seule réputée un indice suffisant pour décerner ce mandat contre un individu ayant domicile. » Cet ar-

ticle a donné lieu, dans le sein du conseil d'État, à la discussion suivante :

« Le *prince archichancelier de l'Empire* dit qu'il s'agit ici, non du mandat d'arrêt, mais d'un simple mandat d'amener. Or, on ne peut, sans paralyser l'action de la justice, forcer un magistrat de sûreté d'attendre des indices graves pour faire venir et entendre l'individu contre lequel la plainte est dirigée. — M. *Treilhارد* dit qu'on a voulu empêcher qu'un homme honnête et qui jouit d'une bonne réputation pût être exposé, par le seul fait d'une plainte méchamment rendue contre lui, au désagrément de comparaître devant le magistrat de sûreté. — L'*archichancelier* objecte que cette disposition, destinée à ménager la délicatesse des hommes honnêtes, peut aussi tourner contre eux, parce qu'elle les expose à voir échapper aux recherches les individus mal famés contre lesquels ils auraient rendu plainte. Il semble qu'au lieu de craindre que les mandats d'amener ne soient délivrés trop facilement, il faudrait craindre, au contraire, de les rendre trop difficiles. La première partie de l'article suppose qu'ils ne pourront être délivrés que lorsqu'il y aura des indices graves; cependant, si le délit est constant, il ne faut pas entraver l'action du magistrat chargé d'en découvrir l'auteur. Il y a beaucoup moins d'inconvénient à laisser décerner le mandat d'amener d'après des indices légers que de ne pas le permettre dans les cas où il peut être nécessaire; il ne tend, après tout, qu'à obtenir des éclaircissements. C'est le mandat de dépôt seul qu'il convient de rendre difficile. La commission était mieux entrée dans cet esprit : elle n'exigeait que des présomptions pour le mandat d'amener. — M. *Boulay* ajoute que, quelque précaution qu'on prenne, il y aura nécessairement un peu d'arbitraire; car toujours il faudra laisser le magistrat de sûreté déterminer, d'après sa conviction, s'il y a lieu d'entendre le prévenu. — M. *Béranger* dit que c'est précisément par cette raison qu'il convient d'avertir le magistrat de sûreté que la plainte seule ne suffit pas pour l'autoriser à décerner un mandat d'amener. — L'*archichancelier* dit que c'est là, au contraire, le point de la discussion. Un mandat d'amener n'est qu'une sorte de citation peu différente de celle qui est donnée aux témoins : il ne nécessite aucune contrainte, il ne tend qu'à obtenir des éclaircissements. Ces motifs avaient déterminé l'Assemblée constituante à n'en pas rendre l'usage diffi-

dans l'autre, demeurer maître d'apprécier les garanties qu'offre l'inculpé et les mesures qu'il doit prendre à son égard. Sans doute, dans une matière aussi importante, la sagesse de la loi doit être préférée à celle de l'homme; et il est à regretter que l'article 91 ait mis la prudence du juge au-dessus de l'inflexibilité de la loi. Mais lorsqu'il s'agit des faits qualifiés crimes, le choix du mandat dépend surtout de l'appréciation de la moralité de l'inculpé, et c'est peut-être au juge plutôt qu'à la loi qu'il appartient de faire cette appréciation. Les termes absolus de l'article 91 avaient conduit à un abus grave: il est souvent arrivé que le juge, lorsque d'une part des indices graves semblaient signaler un inculpé et rendre ses explications nécessaires, et que d'une autre part la gravité du mandat d'amener paraissait excéder la gravité des indices, reculait devant la nécessité rigoureuse que lui imposait la nature de l'inculpation, et se privait des éclaircissements que la procédure appelait ou citait l'inculpé comme témoin. Il ne procédait pas à un interrogatoire, il recevait une déposition; mais, au fond, c'est un véritable interrogatoire qu'il faisait subir sous la foi du serment. Ainsi, l'inflexibilité de l'article 91 conduisait à son inexécution. Ne vaut-il pas mieux, quand il s'agit de l'application d'une mesure de justice, se confier à l'appréciation du juge? Ne vaut-il pas mieux faire déterminer la gravité toujours relative des circonstances et des espèces par l'expérience intelligente du magistrat, que de la faire résulter absolument et *à priori* de la nature légale de l'inculpation?

1960. Le mandat d'amener doit nécessairement être décerné, lorsque l'inculpé appelé devant le juge par un mandat de comparution ne s'est point présenté; il peut l'être, mais ce n'est plus qu'une faculté, lorsque le fait est passible d'une peine afflictive ou infamante ou même d'une peine d'emprisonnement.

Dans la première hypothèse, il suffit, aux termes du deuxième paragraphe de l'article 91, que l'inculpé ait *fait défaut*, c'est-à-dire qu'il n'ait pas comparu dans le délai fixé par le mandat de comparution. Toutefois, la conversion de ce mandat en mandat d'amener est une mesure rigoureuse qui suppose de la part de l'inculpé une sorte de désobéissance; il faut qu'il ait négligé ou refusé de venir donner au juge ses explications; car, s'il avait été empêché par quelque juste cause, comme la maladie ou l'absence,

distinguer entre le mandat de comparution et les autres mandats, puisque, aux termes de l'article 91, le juge d'instruction qui a décerné le mandat de comparution doit, si le prévenu mandé fait défaut ou si le fait prend le caractère du crime, et si le prévenu ne s'est pas excusé dans son interrogatoire, convertir ce mandat en tel autre qu'il appartiendra ¹. On peut ajouter, à l'appui de cette doctrine, qu'aux termes de l'article 98, les mandats de comparution sont, comme les autres mandats, exécutoires dans toute l'étendue du territoire; d'où l'on doit conclure que le législateur n'a pas entendu qu'ils pussent être délégués, car la délégation rendait inutile cette force exécutoire dans tout le pays. On objecte que, dans les cas prévus par les articles 86 et 90, des actes de juridiction sont délégués; cela est vrai, mais c'est la loi elle-même qui fait la délégation et non pas le juge. On objecte encore que c'est surtout à l'inculpé que la délégation du mandat de comparution serait utile, puisqu'elle peut le dispenser soit d'un déplacement onéreux, soit de la contrainte du mandat d'amener. Mais cet expédient se bornerait alors à recevoir les explications de l'inculpé, puisque le juge délégué ne pourrait, après l'interrogatoire, convertir le mandat de comparution en un autre mandat. Il faudrait donc que les charges fussent bien incertaines et les présomptions bien vagues, pour que le juge se bornât à un moyen qui ne lui laisserait pas même la faculté de prendre les mesures que l'interrogatoire peut motiver. Ensuite, il importe peu que la délégation soit utile, si elle n'est pas légale; or, la loi ne l'a point autorisée, parce qu'il n'appartient qu'au juge chargé de l'instruction d'apprécier les cas où il doit décerner les mandats, parce que le juge d'un autre ressort, accidentellement chargé d'accomplir un acte de l'instruction, ne présente pas les mêmes garanties d'une sage et prudente appréciation des faits et des personnes, parce que, enfin, la responsabilité ne peut remonter qu'au magistrat qui est investi de la juridiction.

§ IV. *es mandats de dépôt et d'arrêt.*

1962. Les mandats de comparution et d'amener n'ont, l'un et l'autre, comme on vient de le voir, qu'un seul but : c'est de faire comparaître l'inculpé devant le juge, et de lui faire subir l'inter-

¹ Arr. ch. d'acc. Douai 24 juillet 1835 (J. du droit crim., tom. VII, p. 224).

rogatoire. Cet interrogatoire accompli, leur mission est terminée, leur puissance expire.

Le juge d'instruction est donc appelé à remplir à ce moment l'un des actes les plus difficiles de ses fonctions ; il doit apprécier les réponses et les explications de l'inculpé et décider s'il y a lieu de le maintenir en état de liberté ou de le placer en état de détention.

Dans le premier cas, il ne décerne aucun mandat : la contrainte qui accompagne le mandat d'amener ne peut se prolonger au delà de vingt-quatre heures ; après ce délai, la détention cesserait d'être légale ¹.

Dans le second cas, il décerne soit un mandat d'arrêt, soit un mandat de dépôt ; or, ces mandats sont des ordres donnés à un agent de la force publique pour qu'il ait à conduire l'inculpé dans la maison d'arrêt, et au concierge de cette maison pour qu'il ait à l'y écrouer ². C'est au moment de la délivrance de l'un ou l'autre de ces deux mandats que commence la détention préalable.

C'est là aussi l'un des instants les plus solennels de l'instruction. Le juge prononce sur la question de liberté ou de détention préalable. Avant la loi nouvelle, cette question s'élevait à peine ; le principe qui vivait au fond du Code était la détention : la liberté provisoire n'était qu'une exception, exception timidement resserrée dans les limites les plus étroites. Aujourd'hui il n'en est plus ainsi : la loi du 14 juillet 1865 a fait de la liberté provisoire le droit commun en matière correctionnelle, elle l'a même introduite jusque dans la matière criminelle. Le juge doit donc se dégager de ses anciens errements et se pénétrer de cet esprit nouveau. Le seul titre de la détention préalable, nous l'avons dit et le législateur l'a répété, est sa nécessité : il n'y a lieu de l'appliquer désormais que si elle est indispensable soit à la sûreté publique, soit à l'instruction. Le devoir du juge, puisque la loi l'a investi d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard, est de peser ces graves intérêts, d'examiner s'ils sont compromis par la liberté de l'inculpé, d'apprécier avec prudence et modération les garanties que celui-ci présente et de ne délivrer le mandat de dépôt ou d'arrêt que s'il croit dans sa conscience qu'il est nécessaire.

¹ Arr. cass. 4 avril 1840 (Bull., n° 106).

² Cod. d'instr. crim., art. 94, 107 et 110.

mandats et s'applique au fait même de l'incarcération. La loi a voulu que l'inculpé pût, avant toute incarcération, fournir ses explications sur les charges qui pèsent sur lui et faire valoir ses moyens de défense. Ce n'est qu'après l'avoir entendu, après avoir examiné ses réponses et ses déclarations, que le juge doit prononcer, s'il y a lieu, la mise en détention.

Cette règle admet toutefois une exception pour les cas où l'inculpé se serait soustrait par la fuite à l'exécution du mandat d'attener. L'interrogatoire étant devenu impossible par le fait même de cet inculpé, il y est suppléé par la mise en demeure résultant de la signification du mandat. La cour de cassation a jugé dans ce sens « qu'un prévenu qui s'est dérobé au mandat d'amener qui avait pour objet de l'entendre est nécessairement assimilé au prévenu qui a subi interrogatoire, mais qui n'a pas détruit les charges que l'instruction présentait contre lui; que, relativement à l'un comme à l'autre, le juge d'instruction est autorisé à décerner un mandat d'arrêt; que si le Code d'instruction criminelle ne lui en a pas imposé formellement l'obligation, c'est qu'il a abandonné à sa conscience l'appréciation des charges et des circonstances d'après lesquelles il devait en exécuter le droit ¹. »

1964. La deuxième règle est que le mandat de dépôt ou d'arrêt doit être précédé non-seulement de l'interrogatoire de l'inculpé, mais d'un commencement d'information. Nous avons déjà essayé d'établir, dans le paragraphe précédent, que la condition de la délivrance de toute espèce de mandat est l'existence d'indices graves contre l'inculpé. Ces indices doivent être établis avec un certain degré de vraisemblance pour qu'il y ait lieu à la conversion du premier mandat en mandat d'arrestation. C'est un jugement provisoire que rend le juge, et ce jugement doit être fondé sur des présomptions sérieuses, puisqu'il place le prévenu en état de détention. Il faut donc que les premiers indices aient été confirmés par quelques témoignages; il faut surtout que ces témoignages n'aient été ni détruits ni ébranlés par les explications du prévenu. La circulaire du ministre de la justice, du 10 février 1819, constatait cette règle en ces termes : « Il est sans doute superflu de rappeler que la délivrance des mandats

¹ Arr. cass. 4 août 1820 (J. P., tom. XVI, p. 90).

de dépôt ou des mandats d'arrêt, qui sont soumis d'ailleurs à des formalités spéciales, doit toujours être précédé de l'interrogatoire des prévenus et même, le plus souvent, d'un commencement d'information. Mais, en retraçant des règles tutélaires, qui ne doivent pas rester oubliées dans le Code d'instruction criminelle, il est utile d'ajouter que la circonspection des magistrats doit aussi être pour tous les citoyens une sauvegarde et une garantie de plus contre des soupçons trop légèrement conçus ou des désignations indiscretes qui compromettraient mal à propos la liberté individuelle. »

Ce n'est que par une stricte application de cette règle que la Cour de cassation a dû déclarer, en maintenant le droit du juge d'instruction, « que les dispositions de l'article 94 sont facultatives; qu'elles n'imposent pas au juge d'instruction l'obligation de décerner un mandat d'arrêt contre le prévenu, même lorsque le fait est de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante; que l'appréciation des charges et des circonstances d'après lesquelles il doit se déterminer à user du pouvoir qui lui a été confié par la loi est abandonnée à ses lumières et à sa conscience; qu'au surplus, il n'est pas dispensé pour cela de rendre compte de l'affaire dont l'instruction lui est dévolue, et que, dans ce cas, l'objet du mandat d'arrêt peut être rempli par l'ordonnance de prise de corps qui serait rendue par la chambre du conseil ¹ ».

Il importe de remarquer d'ailleurs que si le juge d'instruction n'a pas cru devoir, après l'interrogatoire de l'inculpé, décerner contre lui un mandat de dépôt ou d'arrêt, il peut le décerner ultérieurement, si l'instruction révèle de nouvelles charges, sans qu'il soit indispensable de procéder à un second interrogatoire. L'article 94, qui veut que le prévenu ait été entendu, n'exige point que cette audition précède immédiatement le mandat. Il peut arriver que les explications, qui ont paru d'abord satisfaisantes, soient reconnues inexactes après qu'elles ont été vérifiées, et un nouvel interrogatoire n'aurait aucun objet ².

1965. Le juge d'instruction, lorsqu'il lui paraît que la détention préalable est nécessaire, trouve dans la loi deux mandats par lesquels il peut l'opérer : le mandat de dépôt et le mandat d'ar-

¹ Arr. cass. 7 avril 1837 (Bull., n° 107).

² Conf. Mangin, n. 145.

examiner la raison de cette pratique; nous apprécierons ensuite ses effets.

Il est certain, en premier lieu, que le mandat d'arrêt et le mandat de dépôt ont en général le même résultat. Ces deux mandats procurent en effet l'un et l'autre l'arrestation de l'inculpé et son écrou dans la maison d'arrêt; ils sont soumis au même mode d'exécution; la même autorité y est attachée pendant tout le cours de l'instruction; ils ne peuvent être levés qu'en suivant les mêmes formes. Le seul point où il soit possible d'apercevoir une différence dans leurs effets consiste en ce que la date du mandat d'arrêt sert à fixer le rang du privilège du Trésor pour le recouvrement des frais de poursuite, à l'égard des hypothèques légales qui n'ont été inscrites que postérieurement à cette date ¹, tandis que le mandat de dépôt n'exerce aucune influence à cet égard. Mais de ce que ces deux mandats servent l'un et l'autre à l'emprisonnement préalable de l'inculpé dans la maison d'arrêt, s'ensuit-il qu'ils aient la même destination et qu'ils puissent être indifféremment substitués l'un à l'autre?

Nous avons vu précédemment (n° 1945) que ni la loi du 16 septembre 1791, ni le Code du 3 brumaire an IV, n'avaient établi le mandat de dépôt; que ces deux lois n'avaient autorisé que les mandats de comparution, d'amener et d'arrêt, et que ce fut la loi du 7 pluviôse an IX qui introduisit ce nouveau mandat. L'article 7 de cette loi portait : « Le substitut du commissaire près le tribunal criminel décernera contre le prévenu un *mandat de dépôt*, sur l'exhibition duquel le prévenu sera reçu et gardé dans la maison d'arrêt; il en avertira dans les vingt-quatre heures le directeur du jury, lequel prendra communication de l'affaire et sera tenu d'y procéder dans le plus court délai. » Si ce dernier magistrat maintenait l'arrestation, il décernait un mandat d'arrêt. Ainsi, dans l'esprit de cette loi, le mandat qu'elle créait n'était qu'une mesure provisoire prise pour pourvoir à un cas urgent; c'était un magistrat du ministère public qui était provisoirement autorisé à faire déposer le prévenu dans la maison d'arrêt, en attendant que le juge eût statué sur la prévention. Or, ce caractère provisionnel, que le nom même de ce mandat vient attester, a-t-il été effacé par le Code d'instruction criminelle? Il résulte des discussions du conseil d'État, d'abord, que quelques-

¹ Loi 5 sept. 1807, art. 5, n. 3.

1968. Après ces formes communes à tous les mandats, il faut indiquer celles qui ne s'appliquent qu'à certains d'entre eux.

Le mandat de comparution, qui n'est qu'une simple assignation, doit contenir l'indication du lieu, du jour et de l'heure où l'inculpé doit comparaître devant le juge d'instruction. L'article 93 veut qu'il soit interrogé *de suite*; il est donc nécessaire que le moment de cet interrogatoire soit fixé à l'avance. Il appartient au juge d'en déterminer les délais. Le mandat d'amener, qui n'est pas seulement une citation, mais un ordre de comparaître, prescrit à tous huissiers ou agents de la force publique d'amener l'inculpé devant le juge pour être interrogé sur les faits qui lui sont imputés : l'indication du jour et de l'heure où l'inculpé doit comparaître n'est plus nécessaire, puisqu'il est immédiatement conduit devant le juge, qui doit l'interroger dans les vingt-quatre heures au plus tard. Le mandat de dépôt diffère du mandat d'amener en ce que, au lieu d'ordonner que l'inculpé sera conduit devant le juge, il ordonne de le conduire immédiatement à la maison d'arrêt, et enjoint au gardien de cette maison de le recevoir et retenir en dépôt jusqu'à nouvel ordre. Enfin, le mandat d'arrêt est soumis à des formes spéciales : il doit, aux termes des articles 94 et 96, contenir 1° la mention des conclusions du procureur impérial; 2° l'énonciation du fait pour lequel il est décerné; 3° la citation de la loi qui déclare que ce fait est un crime ou un délit.

1969. Si ces articles n'ont prescrit les trois formes qu'ils énoncent que relativement au mandat d'arrêt, s'ensuit-il qu'elles doivent rester nécessairement étrangères aux trois autres mandats? Une telle conclusion ne serait pas exacte.

Et d'abord, en ce qui concerne les conclusions du ministère public, d'une part, ni l'article 91 ni l'article 95 n'en font une condition de la délivrance des mandats de comparution, d'amener et de dépôt, et, d'un autre côté, l'article 61 déclare expressément que « le juge d'instruction délivrera, s'il y a lieu, le mandat d'amener et même le mandat de dépôt, *sans que ces mandats doivent être précédés des conclusions du procureur impérial* ». Il suit de là, sans aucun doute, que le juge d'instruction a le pouvoir de décerner ces trois mandats sans conclusions préalables : telle est aussi la conséquence de la règle qui a été précé-

donné formellement ce pouvoir; 3° qu'il soit notifié à la personne arrêtée et qu'il lui en soit laissé copie. » Cet article a été annexé à l'article 615 du Code d'instruction criminelle, et l'article 609 ajoute : « Nul gardien ne pourra, à peine d'être poursuivi et puni comme coupable de détention arbitraire, recevoir ni détenir aucune personne qu'en vertu soit d'un mandat de dépôt, soit d'un mandat d'arrêt décerné selon les formes prescrites par la loi. » Toutes ces dispositions ont pour objet de protéger la liberté civile, d'assurer aux citoyens des garanties contre une détention arbitraire, d'entourer de formes tutélaires la mesure de l'arrestation. La sanction de ces formes est dans la prescription que la loi constitutionnelle elle-même en a faite, dans l'inexécution qui frappe les actes où elles sont omises. Comment soutenir qu'elles ne sont pas essentielles à ces actes, quand elles ont pour but de protéger le droit de défense, quand elles constituent des règles de notre droit public?

Telle est aussi l'interprétation que la Cour de cassation a formellement consacrée. Les sieurs Comte et Dunoyer, mis en arrestation, avaient proposé la nullité des deux mandats d'arrêt décernés contre eux, sur le motif que le fait inermine n'y était pas énoncé : les mandats portaient seulement qu'ils étaient prévenus des délits prévus par les articles 5, 8, 9 et 10 de la loi du 9 novembre 1815. La chambre d'accusation rejeta cette exception : « attendu que, le Code ne prononçant pas la nullité des mandats d'arrêt, faute d'accomplissement des formalités qu'il prescrit, les juges ne peuvent pas suppléer cette nullité. » Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté, mais par les motifs suivants : « attendu que si, d'après les articles 4 charte constitutionnelle, 77 loi du 22 frimaire an VIII, et 609 Code d'instruction criminelle, rapprochés des articles 95 et 96 de ce Code, les formalités prescrites par ces deux derniers articles pour les mandats sont substantielles à ces actes; si leur omission doit, conséquemment, en faire prononcer la nullité, quoique le Code d'instruction criminelle ne l'ait pas expressément ordonné; que, néanmoins, les mandats d'arrêt décernés contre les demandeurs sont revêtus de toutes les formes prescrites par l'article 95, et que, relativement aux énonciations exigées par l'article 96, elles s'y trouvent aussi suffisamment insérées, et autant qu'elles l'y pouvaient être d'après les circonstances et la nature de la prévention portée contre les

demandeurs; — sans approuver le motif pour lequel la cour de Paris a rejeté la demande en nullité desdits mandats d'arrêt : rejette ¹. »

Il suit de là que les mandats qui ne sont pas accompagnés des formes essentielles prescrites par la loi peuvent être attaqués, comme toutes les ordonnances du juge d'instruction, par voie d'appel ou d'opposition : nous avons exposé précédemment les formes de ce recours, la juridiction qui doit en connaître et ses effets ².

§ VI. De l'exécution des mandats.

1972. Aux termes de l'article 98 Code instruction criminelle, « les mandats d'amener, de comparution, de dépôt et d'arrêt sont exécutoires dans toute l'étendue du territoire ». Ainsi, le mandat, quelle que soit la distance qui sépare le lieu où il est décerné et le lieu où se trouve l'inculpé, doit recevoir son exécution. Telle est la règle générale ; nous verrons tout à l'heure que cette règle admet quelques restrictions.

C'est au procureur impérial qu'il appartient de pourvoir à cette exécution. L'article 28 porte, en effet, que les procureurs impériaux « pourvoiront à l'envoi, à la notification et à l'exécution des ordonnances qui seront rendues par le juge d'instruction ». Ce n'est qu'au cas de flagrant délit que le juge fait exécuter lui-même les actes qu'il ordonne ³.

Le procureur impérial transmet les mandats aux huissiers ou agents de la force publique, qui, aux termes de l'article 97, sont chargés de les mettre à exécution ⁴.

1973. L'exécution du *mandat de comparution* consiste uniquement dans la signification qui en est faite au prévenu : l'article 97 porte que « les mandats de comparution seront notifiés par un huissier ou par un agent de la force publique, lequel en fera l'exhibition au prévenu et lui en délivrera copie ». L'agent qui fait cette signification doit donc se retirer après l'avoir faite :

¹ Arr. cass. 5 sept. 1817 (J. P., tom. XIV, p. 464).

² Voy. *suprà* nos 1623 et suiv. — Conf. Legraverend, tom. I, p. 334; Carnot, tom. I, p. 404; Boitard, n. 117; Contr. Bourguignon, tom. I, p. 225; Mangin, n. 139.

³ Voy. *suprà* n° 342.

⁴ Voy. les art. 71 et suiv. du règlement du 18 juin 1811.

elle être située ? Il semble qu'elle doit être l'une des chambres du palais de justice. En effet, l'état de mandat d'amener n'est pas même un état de détention provisoire, c'est un simple état d'expectative ; le prévenu attend son interrogatoire : il doit l'attendre au lieu même où il doit y être procédé. Que si la situation des lieux présente quelques difficultés d'exécution, il appartient au juge d'instruction de réclamer et à l'administration d'ordonner leur appropriation à cette destination. On ne peut admettre que la loi demeure inexécutée, que les prévenus soient privés d'une garantie réelle, que la maison d'arrêt soit substituée à une chambre provisoire, et l'emprisonnement à une simple contrainte, sous le prétexte qu'il n'y a pas de chambre appropriée à ce service. A la vérité, un magistrat a pensé que « l'on s'est exagéré ce qu'aurait à souffrir dans son honneur un prévenu parce qu'il aurait attendu en prison le moment nécessairement très-rapproché de son interrogatoire. S'il est mis sous mandat de dépôt après l'interrogatoire, lui importe-t-il beaucoup que, quelques heures plus tôt, il ait été détenu à la maison d'arrêt au lieu de l'être ailleurs ? » Mais, s'il est laissé en liberté, ne lui importe-t-il pas de n'avoir pas subi, même un seul moment, la flétrissure de la prison ? Ne lui importe-t-il pas que les simples précautions que la loi permettait de prendre à son égard ne soient pas arbitrairement converties en détention ? Et même, dans le cas où le mandat d'amener devrait être suivi du mandat d'arrêt, s'ensuit-il que l'emprisonnement, que ce dernier mandat autorise, ait pu le précéder, que, parce que le prévenu est régulièrement détenu le lendemain, il ait pu l'être la veille, que la délivrance du mandat d'arrêt ait pu régulariser une détention illégale antérieure ? Admettons que cela importe peu au prévenu ; est-ce qu'il n'importe pas à la justice de maintenir strictement les règles légales, de ne pas altérer les mesures qui ont été édictées pour protéger la liberté civile, de ne pas aggraver la condition des prévenus, telle qu'elle a été établie par la loi ?

1976. Si le prévenu est absent, ou s'il s'est dérobé par la fuite à l'exécution du mandat d'amener, ce mandat le suit et le saisit

¹ M. Daverger, n. 414.

² Voy. en sens contr. Legraverend, tom. I, p. 327 ; De Molènes, *Traité des fonct. du procureur du roi*, tom. II, p. 66.

juge ; mais la règle est la même : la mesure ne peut dépendre que de l'appréciation de la nécessité judiciaire ¹.

La loi, au reste, a voulu généraliser autant que possible la mesure qu'elle prescrivait. Le deuxième paragraphe de l'article 100 porte : « Le mandat d'amener devra être pleinement exécuté si le prévenu a été trouvé muni d'effets, de papiers ou d'instruments qui feront présumer qu'il est auteur ou complice du délit pour raison duquel il est recherché, quels que soient le délai et la distance dans lesquels il aura été trouvé. » La présomption que la possession de ces effets fait naître contre lui est si grave que la translation doit être immédiatement exécutée. Mais il résulte en même temps de cette disposition de la loi que, hors le cas qu'elle indique, le procureur impérial doit, en général, retenir provisoirement le prévenu. C'est là une mesure d'humanité et de prudence qui doit être appliquée toutes les fois que l'intérêt de la justice ne s'y oppose pas.

1978. Lorsque le procureur impérial du lieu où le prévenu a été trouvé a décerné le mandat de dépôt, il doit immédiatement en donner avis. L'article 101 est ainsi conçu : « Dans les vingt-quatre heures de l'exécution du mandat de dépôt, le procureur impérial qui l'aura délivré en donnera avis et transmettra les procès-verbaux, s'il en a été adressé, à l'officier qui a décerné le mandat d'amener. »

L'article 102 a prévu le cas où le mandat d'amener aurait été décerné par un officier de police auxiliaire agissant en matière de flagrant délit : « L'officier qui a délivré le mandat d'amener, et auquel les pièces sont ainsi transmises, communiquera le tout, dans un pareil délai, au juge d'instruction près duquel il exerce ; ce juge se conformera aux dispositions de l'article 90. » Le juge d'instruction est seul, en effet, compétent pour adresser une commission rogatoire au juge du lieu de l'arrestation.

Le juge d'instruction qui a commencé l'information a la faculté ou de laisser le prévenu sous le poids du mandat de dépôt décerné contre lui dans le lieu de l'arrestation, en déléguant son interrogatoire au juge de ce lieu, ou, s'il le croit nécessaire, d'ordonner sa translation immédiate au lieu de l'instruction.

¹ Voy. dans un sens contraire Carnot, tom. I, p. 417; Boitard, n. 119; Daugier, n. 410; Mangin, n. 153.

térêt à fuir et que la justice veut qu'il soit légalement informé de la poursuite qui est exercée contre lui. La notification du mandat n'a pas le même objet quand le prévenu est présent ou absent : présent, elle le met à même de vérifier la légalité de la mesure prise à son égard et de se préparer à son interrogatoire ; absent, elle l'avertit de la poursuite et l'appelle devant le juge. Dans l'un et l'autre cas, elle constitue une forme utile à la défense, et l'article 105 a si peu entendu l'effacer qu'il veut que le maire ou le commissaire de police mette son visa sur l'original de l'acte de notification. D'où l'on doit nécessairement inférer que cette notification doit être faite, nonobstant la mesure prise par cet article, dans les formes prescrites par la loi.

Quelles sont ces formes ? La jurisprudence a admis « qu'en l'absence de dispositions sur les formalités de la signification des actes relatifs à la procédure criminelle, il est nécessaire de se reporter à celles prescrites par le Code de procédure civile, qui forment le droit commun, en ce qu'elles ont de substantiel ¹ ». Il suit de là que, suivant que le prévenu a un domicile connu ou n'en a pas, il faut appliquer les formes prescrites par l'article 68 ou par l'article 69 n° 8 du Code de procédure civile. Nous aurons lieu d'examiner ultérieurement les difficultés que soulève l'application de ces règles aux significations de la procédure criminelle.

1980. L'omission des formes prescrites par l'article 105 entraînerait-elle la nullité du mandat d'amener et de la procédure qui l'a suivi ? Il faut répondre négativement, parce que cet article ne prononce point cette peine, et que la règle qu'il a établie, n'étant qu'une mesure prise pour assurer les recherches du porteur du mandat, n'intéresse sous aucun rapport la défense du prévenu ². Mais la solution serait-elle la même si à l'omission du visa se joignait l'omission de la notification ou de quelqu'une des formes essentielles de cette notification ? La Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'un prévenu qui, après avoir été condamné correctionnellement, se faisait un grief du défaut de notification du mandat d'amener décerné contre lui : « attendu que le demandeur n'a élevé aucune réclamation, ni en première instance ni en ap-

¹ Arr. cass. 7 juillet 1847 (Bull., n° 151) ; 18 mars 1848 (Bull., n° 7) ; 30 mai 1850 (Bull., n° 175) ; 23 juillet 1850 (Bull., n° 254).

² Arr. cass. 3 janv. 1834 (J. P., tom. XXVI, p. 111).

L'élargissement était impossible dans un système qui substituait à l'audience la discussion successive de chaque témoignage par l'accusé en présence du juge seulement, et qui exigeait son concours continu. Aussi l'ancienne règle qui, comme on l'a vu, faisait de la liberté provisoire le droit commun, se trouva abrogée, et la règle générale devint une exception ¹.

Cependant les légistes firent de louables efforts pour lutter contre cette tendance de la législation. Il est constant que les officialités ne l'appliquaient pas aux clercs accusés de crimes. Pierre de Combes rapporte les formules employées pour procurer la mise en liberté sous caution de prêtres inculpés de faits passibles de peines afflictives ². Farinacius atteste également que le clerc qui présentait des cautions ne pouvait être retenu en prison *nisi delictum sit enorme* ³. Les nobles et les personnes élevées en dignité jouissaient du même privilège : la jurisprudence leur appliquait la loi de Théodose, d'après laquelle les *virii illustres* n'étaient soumis qu'à la caution juratoire ⁴. Julius Clarus considère cette loi comme la règle de la matière : *virii illustres non possunt cogi ad fidejussionem præstandam in causâ criminali, sed dimitti debent juratoriæ cautioni* ⁵. Guazzinus applique cette règle *etiam si pœna esset corporis afflictiva imponenda* ⁶, et Farinacius dans le cas même où le crime serait passible de la peine de mort ⁷. Cependant il ne paraît pas que ce privilège ait été positivement reconnu en France. Les auteurs le mentionnent en l'appuyant sur les lois romaines ⁸; mais la pratique ne l'appliquait pas d'une manière constante et invariable.

1987. Il se forma vers la fin du seizième siècle une sorte de droit commun sur cette matière, dont les éléments étaient en partie puisés dans le droit romain et en partie dans les nouvelles ordonnances. Cette jurisprudence, résumé de principes divers,

¹ Bruneau, Maximes, tit. XII, max. 24; Jean Imbert, p. 714; Comment. Constantin. in Const., p. 329.

² Proc. crim. des officiaux, 2^e part., p. 52.

³ Quest. 33, n. 58.

⁴ L. 17 Cod., De dignitatibus.

⁵ Quest. 46, n. 16.

⁶ Opera crim., def. 6.

⁷ Quest. 33, n. 61.

⁸ Menochius, cas. 203, n. 3; Julius Clarus, quest. 41, n. 6; Farinacius, quest. 33, n. 1.

sonnes, sera ordonné que la partie sera assignée pour être ouïe, ajournée à comparoir en personne ou prise au corps. » Or cette disposition, bien que son auteur, M. Pussort, eût posé en principe « qu'il y avait beaucoup plus d'inconvénients d'élargir légèrement et avec trop de précipitation un accusé que de le retenir dans les prisons un peu plus longtemps qu'il n'y devait être ¹ », cette disposition avait permis d'établir quelques règles favorables à la liberté. Tous les accusés contre lesquels il n'y avait pas eu originairement décret de prise de corps étaient élargis après l'interrogatoire. Les accusés de crimes emportant peine afflictive et infamante pouvaient même être élargis après avoir été décrétés de prise de corps, pourvu que cet élargissement fût ordonné par le juge sur le vu des informations et les conclusions du ministère public. L'élargissement était prononcé à la charge par l'accusé de se représenter à toutes assignations; le juge pouvait exiger sa caution juratoire et le contraindre d'élire domicile dans le lieu de sa juridiction; il pouvait même ordonner qu'il demeurerait sous la garde d'un huissier, ou lui donner la ville, et, suivant une vieille formule, les *grands chemins* pour prison ².

Jousse résumait la pratique de son temps en ces termes : « L'élargissement provisionnel est celui qui s'accorde par le juge à l'accusé en connaissance de cause, par provision et pendant l'instruction du procès, à la charge par l'accusé de se représenter à toutes assignations. Dans les grands crimes on ne doit jamais élargir l'accusé par provision pendant le jugement du procès, pour peu qu'il y ait de preuves. Mais dans les cas qui ne sont pas absolument graves, ou qui paraissent excusables, les accusés, quoique décrétés originairement de prise de corps, peuvent être élargis par provision, sur une requête présentée à cet effet et communiquée à la partie publique et à la partie civile. Cela s'observe ainsi tous les jours surtout à l'égard des accusés qui sont d'un rang distingué, à l'égard des femmes et filles de condition honnête et domiciliées, lorsqu'il n'y a aucun soupçon de fuite. Dans ces cas, on élargit l'accusé à sa caution juratoire de se représenter à toutes assignations. Quand il y a règlement à l'extraordinaire, il ne paraît pas que les premiers juges puissent

¹ Procès-verbal des conférences, p. 145.

² Ord. 1670, tit. X, art. 21 et 22; Jousse, tom. II, p. 569; Muyart de Vouglans, Lois crim., p. 625; Serpillon, tom. I, p. 554.

promptement modifiée. L'article 18, titre V, de la loi du 15-29 septembre 1791 disposait qu'en matière correctionnelle, le prévenu était laissé en liberté jusqu'au jugement, et qu'en matière criminelle, si le délit n'était passible que d'une peine infamante, l'accusé pouvait fournir caution suffisante de se représenter, « auquel cas il était laissé à la garde de ses amis qui l'avaient cautionné ».

L'instruction du 29 septembre 1791 portait à ce sujet : « Si le délit n'est pas de nature à donner lieu à une peine afflictive, mais seulement à une peine infamante, le prévenu pourra néanmoins être envoyé à la maison d'arrêt ; mais il pourra aussi en être dispensé, au cas qu'il puisse trouver des amis qui veuillent répondre pour lui qu'il se représentera à la justice s'il en est requis, et donner caution de cette promesse. La somme de cette caution ne peut être fixée d'une manière invariable ; elle doit être laissée à l'arbitrage de l'officier de police. Le principe qui doit le diriger est qu'un tel cautionnement ne doit pas être illusoire et de simple forme, ni tendre à soustraire ainsi les accusés à la justice ; mais, au contraire, qu'il doit être d'une assez grande importance pour n'être jamais donné que par des personnes bien convaincues que le prévenu est incapable de rompre son engagement ; car c'est un contrat sacré que celui qui se forme par le cautionnement entre le prévenu qui évite ainsi le malheur de la détention et les amis qui lui donnent en le cautionnant la plus haute preuve de leur confiance et de leur estime. »

Le Code du 3 brumaire an IV restreignit ces dispositions. L'état de liberté absolue des inculpés de simples délits cessa, et la faculté du cautionnement s'étendit à cette classe de prévenus. L'article 222 portait : « Lorsque le délit qui a donné lieu au mandat d'arrêt n'emporte pas une peine afflictive, mais seulement une peine infamante ou moindre, le directeur du jury met provisoirement le prévenu en liberté, si celui-ci le demande, et si, en outre, il donne caution solvable de se représenter en justice toutes les fois qu'il en sera requis. » Le montant du cautionnement était fixé à la somme de 3,000 livres.

La loi du 29 thermidor an IV apporta immédiatement des modifications nouvelles. Il est nécessaire d'en reproduire le texte :

« Art. 1. Le cautionnement prescrit par l'article 222 du Code du 3 brumaire an IV aura lieu ainsi qu'il est prescrit par les

articles suivants. — Art. 2. Lorsque le délit aura pour objet des larcins, filouteries, ou simples vols, le directeur du jury admettra le prévenu sous caution de se représenter. Cette caution devra être d'une somme triple de la valeur des effets volés ; elle sera fixée sur cette base par le directeur du jury, et jamais elle ne pourra être au-dessous de la somme de 3,000 francs, valeur fixe. — Art. 3. En toute autre matière qui n'emporterait pas une peine afflictive, mais seulement une peine infamante, le directeur du jury admettra également le prévenu sous caution de se représenter. La caution, dans ce cas, ne pourra être moindre de 2,000 francs ni excéder 6,000 francs, valeur fixe. — Art. 4. Lorsque le délit n'emportera pas peine infamante, mais seulement des peines correctionnelles, le directeur du jury admettra également le prévenu sous caution de se représenter. La caution, dans ce cas, ne pourra être moindre de 1,000 francs, ni excéder le triple de l'amende à laquelle le délit pourra donner lieu. — Art. 5. En aucun cas le directeur du jury ne pourra mettre provisoirement en liberté, sous caution, les gens sans aveu et les vagabonds. »

Tel fut le dernier état de la législation avant le Code d'instruction criminelle. La mise en liberté sous caution était un droit absolu : 1° pour les inculpés de délits, sauf les gens sans aveu et les vagabonds ; 2° pour les inculpés de crimes passibles d'une peine infamante seulement.

1989. Les rédacteurs du Code hésitèrent longtemps lorsqu'ils furent appelés à poser les limites de la mise en liberté sous caution.

Un premier projet portait : « Lorsque le délit n'emportera pas une peine afflictive, mais la détention ou la réclusion, l'infamie, la relégation ou la peine de la forfaiture, le juge d'instruction pourra, sur la demande du prévenu et la réquisition du magistrat de sûreté, mettre provisoirement le prévenu en liberté, moyennant caution solvable de se représenter ¹. » La discussion de cette première rédaction, soumise au conseil d'État, dans sa séance du 24 fructidor an XII, fut ajournée, et lorsqu'elle fut reprise, à la séance du 24 juin 1808, le texte du projet était à peu près le même : « Si le fait n'emporte pas une peine afflictive, mais seulement une peine infamante ou une peine correction-

¹ Séance du conseil d'État 24 fructidor an XII, *Loché*, tom. XXIV, p. 190.

humeur plus ou moins difficile ; et qui assurera que sur tous les points du territoire les juges d'instruction auront le même système, les mêmes vues théoriques et les mêmes lumières ? Qui assurera que, dans tel ressort, la détention préalable ne sera pas rigoureusement maintenue et dans tel autre presque entièrement abolie ? L'incertitude et l'inégalité, les solutions les plus contradictoires seront donc la conséquence de ce pouvoir facultatif et personnel abandonné à la conscience et à la responsabilité morale des magistrats ? Or quand il s'agit de détention et de liberté, ne faut-il pas une mesure égale, ne faut-il pas une règle uniforme ? Ne faut-il pas que la responsabilité pèse à la fois sur le juge et sur la loi, et que la loi, qui garde les droits de l'État et ceux de l'individu, trace avec fermeté le cercle dans lequel le juge doit contenir les uns et les autres ? Il n'était pas, nous le croyons, impossible d'établir quelques règles qui auraient dirigé le juge à travers les diverses catégories d'inculpés et lui auraient indiqué les cas où une présomption favorable peut être invoquée et les cas où elle ne peut l'être. Il n'était pas impossible de définir l'objet de la détention et de préciser par là même les circonstances dans lesquelles elle doit être réputée nécessaire ou inutile. Il n'était pas impossible enfin, en imposant quelques garanties accessoires, d'étendre la liberté de droit à des catégories plus nombreuses de délinquants. La loi doit sans doute être sobre, mais il est trop commode au législateur qu'elle le soit, et peut-être l'a-t-elle été ici avec excès.

Nous aurions voulu du moins qu'elle manifestât avec moins de réserve l'esprit nouveau qui l'animait. On lit dans l'exposé des motifs : « L'idée qui caractérise le mieux la loi anglaise et qui l'a faite si féconde en résultats, c'est la grande latitude laissée au juge, qui est maître d'accorder ou de refuser la liberté provisoire, moyennant caution ou sans caution, en matière de crime comme de délit. Il refuse rarement, c'est vrai, ajoute l'exposé, mais il peut refuser. » En Angleterre, la liberté provisoire n'est pas seulement dans les lois¹, elle est la *common law*, elle est dans les mœurs, elle est dans l'esprit du juge. En est-il ainsi en France ? Nos juges ont-ils ce souci des droits individuels qui vit dans les juges anglais ? n'ont-ils pas conservé des traditions de l'ancienne magistrature et de l'esprit des mercuriales parlemen-

¹ Blackstone, Book IV, chap. XXII ; Rewes, chap. I, tom. I.

Les inculpés de faits qui ne sont passibles que d'un emprisonnement de deux ans et plus doivent, en général, obtenir la liberté provisoire. Lorsque la loi a accordé la liberté de droit aux inculpés de la catégorie immédiatement inférieure, elle reconnaissait les titres de la classe la plus voisine à un traitement non point identique, mais le plus favorable après celui-là; car la peine de ces deux classes d'inculpés est la même et ne diffère que par sa durée, la qualification des faits est identique et ils sont soumis aux mêmes juges. Si le législateur a résisté à la proposition d'étendre à tous les inculpés de délits cette liberté de droit, c'est uniquement parce qu'il apercevait des cas qu'il fallait excepter et qu'il a reculé devant la difficulté de les énumérer. Il était en effet difficile de préciser ces exceptions, et celles mêmes qui sont incontestées, par exemple, si le titre de la prévention est un vol, si l'agent est un saisi en flagrant délit, s'il est reconnu pour un repris de justice, pouvaient créer des inconvénients en élevant des obstacles absolus à l'élargissement. Il faut tenir simplement qu'en matière de délits dont la peine est supérieure à deux ans, et nous croyons que c'est l'esprit de la loi, la liberté provisoire doit être la règle et la détention l'exception.

Les inculpés de faits passibles des peines de la réclusion, de la détention, du bannissement et de la dégradation civique, ne présentent pas des conditions aussi favorables. Ils ne sont séparés que par un degré des inculpés de délits graves et la pénalité les confond souvent les uns avec les autres. Néanmoins le juge doit peser ici avec une plus grande sollicitude les mobiles de leur conduite présumée. Il faut mettre en ligne de compte, d'un côté, les liens du domicile, les affections de famille, les intérêts du travail ou des affaires, les misères d'un exil incessamment menacé par les recherches de la police judiciaire ou par les réquisitions de l'extradition, enfin les chances favorables du jugement et la perte du cautionnement, s'il en a été versé; et d'un autre côté, les souffrances causées par l'humiliation de la condamnation et par le mal de la peine. Oh! sans doute ces souffrances sont graves et redoutables; mais, si cruelles qu'elles soient, porteront-elles l'inculpé à fuir sa famille, à désertir son domicile, à rompre son état, à abandonner ses habitudes et ses ressources, à s'exposer à toutes les agonies d'une vie nomade? Non, car il

est dans la nature de l'homme ou d'espérer l'atténuation d'un mal redouté, ou de se résigner à un mal inévitable, surtout s'il a la conscience qu'il l'a mérité. Il y a donc lieu, dans cette seconde hypothèse, d'examiner les titres de chaque inculpé à la liberté, ou, en d'autres termes, les garanties qu'il présente à la justice. La présomption favorable résulte, non du fait lui-même, mais de la position personnelle de l'inculpé.

Enfin, les inculpés de faits passibles soit des travaux forcés à temps, soit d'une peine perpétuelle, soit de la peine capitale, ne doivent pas, en général, profiter de la disposition de la loi. Nous avons déjà dit qu'il ne fallait pas poser de règle absolue. Même dans les préventions de crimes passibles de l'une de ces peines, il peut arriver ou que les indices soient légers et incertains, ou que la criminalité des faits soit contestable, comme lorsqu'un homicide ou des blessures ont été commis dans une rixe ou dans un duel, ou que le crime ait une cause d'excuse ou de justification, comme la provocation, la contrainte, la démence, la légitime défense, ou enfin que l'inculpé donne la certitude de sa représentation en justice. Dans toutes ces circonstances, quelle que soit l'inculpation, la liberté provisoire peut assurément être accordée, si l'instruction se concilie avec cette mesure, et il ne faut pas perdre de vue d'ailleurs que, en matière de crime, la liberté provisoire expire à l'arrêt de mise en accusation et que jusque-là le prévenu peut espérer un non-lieu. Mais en dehors de ces motifs, il est à craindre, en présence de préventions aussi graves, que la liberté laissée à l'inculpé n'assure sa fuite. Il n'y a plus de rapport entre la puissance du lien et la puissance de l'intérêt qui pousse à le briser. La condamnation est plus redoutable que toutes les privations que la fuite entraîne, que toutes les angoisses qu'il traverse dans son refuge. Et puis il s'agit de faits qui supposent une criminalité telle que l'état de liberté semble difficilement pouvoir s'étendre jusque-là. Ici nous serions donc disposé, sans y attacher toutefois un sens trop général, à renverser notre première proposition et à dire que la détention doit être la règle et la liberté l'exception.

1993. Enfin, en matière de crime, la liberté provisoire a un terme qui a été marqué par la loi. L'article 126 est ainsi conçu : « L'inculpé renvoyé devant la cour d'assises sera mis en état d'ar-

ment de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement. Cet engagement, qui fait revivre l'ancienne caution juratoire, ne nous paraît point une forme vaine et dénuée de toute efficacité. L'inculpé, à qui la loi témoigne quelque confiance, n'a point d'intérêt à la tromper, et doit tenir à s'en montrer digne. S'il est fidèle à la promesse solennelle qu'il a faite, il prouve qu'il ne redoute pas la justice et il s'attire quelque droit à sa bienveillance. S'il y est infidèle, ce manque de foi ne fait qu'aggraver sa position.

1996. Le pouvoir discrétionnaire du juge rencontre une limite. Le deuxième paragraphe de l'article 113, dont nous avons relaté le texte n° 1968, édicte, en faveur des inculpés de délits passibles d'un emprisonnement inférieur à deux ans, la mise en liberté de droit cinq jours après l'interrogatoire. Cette innovation a été une transaction avec l'opinion, très-fortement soutenue, qui demandait l'application absolue de la liberté provisoire à tous les inculpés de faits qualifiés délits. Le rapporteur a fait remarquer avec raison que la détention préventive, qui ne doit point avoir le caractère d'une peine préalable, mais qui constitue seulement une mesure de précaution, n'est nécessaire qu'à l'égard des inculpés qui, à raison de la gravité du délit, peuvent être présumés vouloir se dérober soit à l'instruction, soit à l'application de la peine. Or, cette présomption n'existe pas en ce qui concerne les inculpés qui ne sont menacés que d'une peine dont le maximum n'atteint pas deux années d'emprisonnement, et dont le minimum peut descendre à six jours. Comment croire, en effet, que pour fuir une telle prévention l'inculpé va quitter son foyer, sa famille, toutes ses ressources? La présomption de la comparution en justice est si forte qu'elle fonde un véritable droit à la liberté, car il n'y a, répétons-le, qu'une nécessité absolue d'ordre ou de justice qui puisse le suspendre. Nous ajouterons à tous les motifs qui ont été apportés à l'appui une considération morale qui nous semble importante : c'est qu'il importe de ne pas jeter inutilement dans les prisons des personnes dont la criminalité est encore incertaine et auxquelles la justice n'impute que des actes d'une valeur secondaire. Il importe de ne pas entacher leur vie de cette note d'infamie avant que la justice ait déclaré qu'elle était méritée. Les détentions, si courtes qu'elles soient, sont toujours funestes à

ceux qu'elles frappent, soit en privant la famille des ressources de leur travail, soit en leur infligeant une flétrissure encore imméritée, soit en jetant dans leur âme des semences de corruption, soit enfin en l'abaissant par une humiliation dont elle ne peut se relever.

Ce droit à la liberté provisoire est d'ailleurs soumis à plusieurs conditions. Il ne s'exerce que cinq jours après l'interrogatoire, c'est-à-dire après six jours, à compter du jour de l'arrestation, car il a été formellement reconnu dans la discussion de la loi que l'interrogatoire que mentionne l'article 113 est celui qui doit avoir lieu dans les vingt-quatre heures. Le délai de cinq jours après cet interrogatoire a été donné pour que le juge puisse prendre tous les renseignements qui lui sont nécessaires, et il le peut facilement dans ce délai, puisque la voie télégraphique a été mise à la disposition des parquets ¹ et puisqu'il n'a pas décerné le mandat de comparution sans avoir déjà procédé à un commencement d'information. Que s'il reconnaît, même avant les cinq jours expirés, que l'inculpé doit profiter du droit, il ne doit pas attendre l'échéance du délai, car la loi a voulu que l'application de cette liberté de droit fût sérieuse et réelle et que le juge se pénétrât de son esprit pour la mettre en action.

Une seconde condition est que les inculpés soient *domiciliés*. La mise en liberté de droit emporte, en effet, comme celle qui n'est que facultative, la condition de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement. Or, cette condition, dès qu'elle n'a plus pour garantie de son accomplissement l'appréciation libre du juge, doit en trouver une autre qui est le domicile. De quel domicile s'agit-il ici? Nous l'avons déjà défini (n° 1679) : c'est le domicile de fait, le lieu où l'inculpé réside habituellement, où il a son établissement et ses ressources, où il travaille, où il est fixé. C'est cette demeure fixe, cette résidence cimentée par un certain temps, qui constitue la garantie légale. Mais on ne doit pas la confondre avec la dernière habitation, qui n'est qu'un fait isolé quand elle ne s'est pas continuée suffisamment pour manifester l'intention de s'y fixer. La loi n'a voulu exclure que ceux qui ne sont attachés à aucun lien par la famille et par le travail, qui n'ont aucun foyer, aucune demeure continue et habituelle, aucun établissement, d'abord parce qu'ils

¹ Circulaire du garde des sceaux du 10 août 1865.

doit être balancé de manière à ne pas permettre qu'un délinquant riche échappe à la loi moyennant le paiement d'une peine pécuniaire, ni que ce privilège soit en dehors de la portée du pauvre. Afin d'en faire une garantie certaine de la comparution de la partie, il doit être déterminé par les considérations suivantes : 1^o la nature de la punition à infliger en cas de condamnation ; 2^o la situation pécuniaire de la personne accusée. Si l'offense est punissable par les travaux de force, l'emprisonnement ou la privation des droits civils, le désir d'échapper à la punition, étant plus grand, doit être contre-balancé par une plus forte garantie. La fortune de l'accusé doit aussi être prise en considération. Le pauvre peut être surchargé par l'imposition d'un cautionnement qui serait de nulle garantie pour la comparution du riche. Il est donc de l'essence du cautionnement d'être variable ; c'est sa mobilité qui fait son égalité et sa puissance. »

* 1998. Cela posé, prenons les dispositions de la loi sur ce point. Trois innovations importantes ont été introduites dans notre Code : la suppression du minimum du cautionnement, la caution personnelle d'un tiers, l'affectation du cautionnement à la représentation de l'inculpé, à l'amende et aux frais.

La suppression du minimum du cautionnement, qui a conduit à sa suppression facultative, est la plus considérable de ces mesures. L'ancien article 119 du Code avait fixé le maximum de ce cautionnement au double de l'amende ou au triple du dommage et son minimum à 500 francs. Cette disposition présentait un double inconvénient : le minimum était trop élevé et le maximum trop bas. En fixant le minimum à 500 francs, le législateur déshéritait de la liberté provisoire toute la population pauvre, celle qui avait le plus besoin peut-être de la liberté, parce que le travail lui est plus nécessaire. En limitant le maximum au double de l'amende et au triple du dommage, il n'atteignait pas la classe riche et fixait au cautionnement une seule base, erronée quand elle est prise isolément, la gravité du fait incriminé. C'était confondre le cautionnement avec la peine. L'un et l'autre ont un principe distinct, une source différente. Le cautionnement n'est qu'une garantie de la représentation du prévenu à la justice et ne peut avoir qu'un seul but, c'est d'assurer cette représentation. Il substitue la sûreté pécuniaire à la sûreté personnelle ; mais

détention ; il est destiné à suppléer à la sûreté de cette mesure par le gage qu'il apporte , sa mission doit se borner à assurer sa représentation en justice. Telle était la seule obligation que la caution souscrivait avant la loi : « La caution , portait l'ancien article 120, fera sa soumission de payer le montant du cautionnement *en cas que le prévenu soit constitué en défaut de se représenter*. Et l'article 122 modifié par la loi du 14 juillet 1865 dit également : « Les obligations résultant du cautionnement cessent si l'inculpé se présente à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement. » Ainsi ce n'est que le défaut de cette représentation qui engage la responsabilité de la caution, et pourvu que le prévenu se soit représenté à toutes les réquisitions de la justice, elle est entièrement dégagée.

Mais si le prévenu fait défaut, la responsabilité de la caution s'engage et le cautionnement s'affecte aussitôt. Dans le système du Code on distinguait le défaut de représentation du prévenu aux actes de la procédure, et son défaut de représentation à l'exécution du jugement. Dans la première hypothèse, le cautionnement était affecté au paiement des réparations civiles, des amendes et des frais ; mais, ces sommes acquittées, le surplus était restitué. Dans la seconde, la restitution n'avait pas lieu tant que la peine n'était pas exécutée. Cette interprétation de l'article 121 avait été consacrée dans un arrêt de la Cour de cassation du 19 octobre 1821¹, rendu dans une espèce où le prévenu, après avoir fait défaut à l'audience, avait formé opposition et s'était représenté ultérieurement. La loi nouvelle ne l'a pas adoptée, et elle a pris une sorte de terme moyen qu'elle a trouvé dans les articles 13, 23 et 24 de la loi belge du 18 février 1852.

Elle a divisé le cautionnement en deux parts : l'une, comme le porte l'article 114, qui garantit la représentation de l'inculpé ; l'autre qui garantit le paiement des frais et des amendes. Cette dernière garantie ne s'étend plus aux réparations civiles : le législateur a pensé avec raison que si la détention préventive se justifie, c'est seulement quand elle sert un intérêt public, et qu'appliquée à un intérêt privé, elle est odieuse. L'article 114 ajoute : « L'ordonnance de mise en liberté détermine la somme affectée à chacune des deux parties du cautionnement. » La pre-

¹ Journ. du Pal., tom. XVI, p. 920.

le législateur n'a fait que les enregistrer. Mais, puisqu'il intervenait, il semble qu'il aurait dû les modifier. N'est-il pas extraordinaire que cette question de la liberté provisoire soit renvoyée de tribunal en tribunal, et jugée tantôt par le juge d'instruction, tantôt par la chambre d'accusation, tantôt par le tribunal correctionnel, tantôt par la chambre des appels de la cour impériale? Comment arriver à des règles fixes, à des conditions uniformes, quand la juridiction est incertaine et dépend du jour où la demande est formée? Et c'est le plus précieux des biens des citoyens, c'est leur liberté qui se trouve subordonnée aux hasards d'une compétence mobile! Comment attendre la même appréciation, la même solution du juge, du tribunal et de la cour! N'eût-il pas mieux valu, en reprenant le principe qui se trouvait dans l'ancien article 114, et en lui donnant une application nouvelle, déclarer que le juge d'instruction et sur l'appel la chambre d'accusation auraient en cette matière une compétence exclusive? Il s'agit d'une mesure qui, quelle que soit l'époque où elle est prononcée, appartient par sa nature à l'instruction : pourquoi ne pas la laisser à la juridiction qui connaît de l'instruction?

Au surplus, il ne faut pas perdre de vue que la chambre d'accusation, le tribunal et la cour, qui ne font qu'exercer le pouvoir qui appartenait jusque-là au juge d'instruction, peuvent, comme le juge, admettre les prévenus à la liberté provisoire, soit avec caution, soit avec le seul engagement de se représenter. L'article 116 ne fait aucune distinction entre ces deux modes d'élargissement et les laisse l'un et l'autre à la disposition de la juridiction compétente, quelle qu'elle soit; et l'article 120, qui se réfère à tous les cas où la liberté est accordée, n'établit les formes du cautionnement que « dans le cas où la liberté provisoire aura été subordonnée au cautionnement ».

2002. L'article 116 admet une exception à la règle qu'il a posée. Son deuxième paragraphe est ainsi conçu : « Lorsque le condamné, pour rendre son pourvoi admissible, conformément à l'article 421, voudra réclamer sa mise en liberté, il portera sa demande devant la cour ou devant le tribunal qui aura prononcé la peine. » Ici encore, le législateur a suivi la jurisprudence, et il l'a suivie jusque dans une sorte d'anomalie qu'elle avait consacrée. Le premier paragraphe de l'article n'accorde compétence

« Toutefois, si la liberté provisoire avait été accordée par la chambre des mises en accusation réformant l'ordonnance du juge d'instruction, le juge d'instruction ne pourrait décerner un nouveau mandat qu'autant que la cour, sur les réquisitions du ministère public, aurait retiré à l'inculpé le bénéfice de la décision. »

3° Lorsque l'inculpé est renvoyé en état d'accusation devant la cour d'assises. Nous avons vu (n° 1973) qu'aux termes de l'article 126, tout accusé de faits qualifiés crimes doit être mis en état d'arrestation, nonobstant la mise en liberté provisoire.

4° Lorsqu'il intervient un jugement ou arrêt définitif sur la prévention. Il y a lieu de remarquer seulement ici l'application que subit le cautionnement.

2007. Si le prévenu a fait défaut et néanmoins a été renvoyé de la poursuite, acquitté ou absous, le jugement ou l'arrêt, bien que la loi ait déclaré dans ce cas la première partie du cautionnement acquise à l'État, peut ordonner la restitution de cette partie du cautionnement. La non-culpabilité équivaut à un motif légitime d'excuse (art. 122). Et quant à la deuxième partie, elle est restituée dans tous les cas d'acquiescement, d'absolution ou de renvoi des poursuites (art. 123). Ce n'est qu'en cas de condamnation qu'elle est affectée aux frais et à l'amende. Le surplus, s'il y en a, est restitué (art. 123). L'exécution de ces dispositions est confiée soit à l'administration de l'enregistrement, soit à la caisse des dépôts et consignations, et les réclamations qui peuvent s'élever vidées en chambre du conseil. L'article 124 porte à cet égard ce qui suit : « Le ministère public, soit d'office, soit sur la provocation de la partie civile, est chargé de produire à l'administration de l'enregistrement soit un certificat de greffe constatant, d'après les pièces officielles, la responsabilité encourue dans le cas de l'article 122, soit l'extrait du jugement dans le cas prévu par l'article 123, § 2. Si les sommes dues ne sont pas déposées, l'administration de l'enregistrement en poursuit le recouvrement par voie de contrainte. La caisse des dépôts et consignations est chargée de faire sans délai aux ayants droit la distribution des sommes déposées ou recouvrées. Toute contestation sur ces divers points est vidée sur requête, en chambre du conseil, comme incident de l'exécution de jugement. »

Ici se terminent les actes de l'instruction écrite.

Nous avons parcouru toutes les phases de cette procédure préliminaire ; nous avons examiné toutes les attributions du juge d'instruction, toutes les opérations auxquelles il est chargé de procéder, tous les droits dont il a été investi par la loi. Nous avons essayé de préciser la mesure et les limites de chacun de ces droits.

Le juge, aussitôt que l'instruction d'une affaire est complète, rend une ordonnance de non-lieu ou de mise en prévention. La procédure écrite est close ; les fonctions spéciales du juge expirant à cette ordonnance, qui résume tous ses actes.

Nous expliquerons dans notre tome V la constitution et les attributions de la juridiction de ce juge et des chambres d'accusation, avant d'arriver à la procédure orale et définitive qui, devant toutes les juridictions, précède le jugement.

FIN DU QUATRIÈME VOLUME.

§ I. De la compétence ratione materio.

1658. La compétence <i>ratione materio</i> est générale.	187
1659. Cette compétence existe-t-elle lorsque les délits, à raison de leur nature spéciale, appartiennent à des juges exceptionnels?	187

§ II. De la compétence ratione personæ.

1660. Restrictions de la compétence à l'égard des personnes qui sont protégées par la garantie politique.	190
1661. Restrictions à l'égard des agents dont les actes sont couverts par la garantie administrative.	191
1662. Restrictions en ce qui concerne les membres de l'ordre judiciaire. Application des articles 479 et 483.	192
1663. Disposition spéciale relative aux membres des cours impériales.	193
1664. Du cas où le fait incriminé a les caractères d'un crime. Droits du juge d'instruction.	195
1665. Restrictions à l'égard des militaires des armées de terre et de mer.	198

§ III. De la compétence ratione loci.

1666. Caractère et aspects divers de cette compétence.	198
1667. Commencemens de la compétence <i>ratione loci</i> .	199
1668. Notre Code a substitué le principe de la concurrence à celui de la préention. Triple compétence du lieu du délit, du lieu du domicile et du lieu de capture.	201
1669. Motifs de ces trois ordres de compétence.	201
1670. Préférence accordée au juge du lieu du délit.	202

§ IV. Compétence du juge du lieu du délit.

1671. Indication des questions que peut soulever cette compétence.	204
1672. Si le lieu du délit n'est pas connu, le juge qui n'est ni celui du domicile, ni celui de la capture, peut-il informer?	204
1673. Que faut-il décider si le délit a été commis sur les confins de deux territoires ou sur une rivière qui sert de limite à deux juridictions?	205
1674. Que faut-il décider si un coup de feu tiré sur la rive d'un fleuve a atteint une personne sur l'autre rive?	206
1675. Quo faut-il décider si les faits constitutifs du délit ont été successivement commis dans plusieurs juridictions?	207
1676. En matière de délit d'habitude d'usure, le juge du lieu où se consomme le dernier fait est compétent.	209
1677. De la compétence en matière d'adultère, de banqueroute frauduleuse et de faux.	210

§ V. Compétence du juge du lieu de la résidence du prévenu.

1678. Motifs de la compétence du juge du domicile.	212
1679. La loi a fait résulter la compétence non du domicile, mais de la résidence.	213
1680. La résidence cesse-t-elle par l'effet d'un voyage? A quelle époque doit-elle être constatée?	214

§ VI. Compétence du juge du lieu où le prévenu peut être trouvé.

1681. Motifs de cette compétence. Dans quelles limites elle aurait dû être restreinte.	215
1682. Quo faut-il entendre par le lieu où le prévenu pourra être trouvé? Commentaire des articles 23, 63 et 69.	216
1683. Le lieu où le prévenu est détenu peut-il être considéré comme le lieu où il est trouvé?	217

§ VII. Exceptions au principe de la compétence ratione loci.

1684. Quelles sont les exceptions à ce principe.	221
1685. Première exception. Crimes commis à l'étranger (voy. tom. V, n° 2336).	222
1686. Deuxième exception. Indivisibilité et connexité des faits.	222

§ IV. *Quels sont les officiers compétents pour recevoir les dénonciations et les plaintes.*

1718. Officiers compétents pour les recevoir.	267
1719. Sont-elles nulles par cela seul qu'elles ont été adressées à des officiers incompétents?	268
1720. Les plaintes et dénonciations des vagabonds, gens sans aveu et insolubles, doivent-elles être reçues?	269
1721. Doivent-elles être reçues si elles blessent certaines convenances et soulèvent quelque scandale?	271
1722. Quel est le recours du plaignant contre l'officier qui refuse de recevoir sa plainte?	271
1723. Formes de la transmission des plaintes et dénonciations.	272

§ V. *Formes des dénonciations et des plaintes.*

1724. Formes des dénonciations et des plaintes dans les législations antérieures.	273
1725. Leurs formes d'après notre Code.	274
1726. Ce qu'elles doivent contenir.	275
1727. Formes de leur rédaction. Procuration spéciale.	276
1728. Elles peuvent prendre la forme d'un procès-verbal ou d'une requête.	277
1729. Signature des dénonciateurs ou des plaignants.	278
1730. Quels sont les effets du refus de signer.	278
1731. Doit-il être donné lecture de l'acte à la partie? doit-elle affirmer la sincérité des faits?	279
1732. Les formes de la plainte sont-elles modifiées lorsque le plaignant se porte partie civile?	280
1733. L'officier public qui reçoit la plainte doit-il pravoquer le plaignant à se porter partie civile?	281
1734. La partie civile doit signifier sa requête d'intervention et faire éllection de domicile.	282
1735. Elle doit consigner, en matière de police et correctionnelle, la somme présumée nécessaire pour les frais.	283
1736. Règles applicables à cette consignation.	284
1737. Effets de l'omission des formalités prescrites par la loi sur la validité des dénonciations et des plaintes.	287
1738. Effets de cette omission relativement à la responsabilité des dénonciateurs et des plaignants.	288
1739. Les formalités légales doivent être plus rigoureusement exigées des parties civiles.	290

§ VI. *Désistement des parties.*

1740. Le droit de se désister de l'action civile n'appartient qu'aux parties civiles.	291
1741. Quelles sont les formes du désistement.	293
1742. Dans quel délai il doit intervenir.	294
1743. Quels sont ses effets.	295
1744. Le désistement permet-il à la partie de reproduire son action, ou équivaut-il à l'abandon de son droit?	296

§ VII. *De l'effet des dénonciations et des plaintes.*

1745. De leur effet relativement à l'exercice de l'action publique.	299
1746. De leur effet relativement à la responsabilité des dénonciateurs. Quelle était cette responsabilité dans la loi romaine.	301
1747. Quelle était cette responsabilité dans notre ancienne législation.	302
1748. Quelle est cette responsabilité dans notre législation actuelle?	304
1749. Motifs de l'art. 358 du Code.	305
1750. Commentaire de cet article. Explication des mots <i>pour fait de calomnie</i> .	307
1751. Jurisprudence conforme à la doctrine. Il appartient aux juges du fait d'apprécier le caractère de la dénonciation.	310
1752. Difficulté de distinguer la dénonciation téméraire et la dénonciation justement errnée.	312

§ II. Du transport du juge.

1784. Caractères et utilité du transport du juge d'instruction sur les lieux.	362
1785. Dans quels cas est-il autorisé à se transporter sur les lieux?	364
1786. S'il doit déléguer au juge de paix le soin de visiter les lieux et d'apprécier les premiers éléments de l'information.	365
1787. Formes du transport.	367
1788. Il doit être accompagné du procureur impérial. Transport d'office.	368
1789. Il peut ordonner d'office les mesures qu'il croit utiles. Commentaire de l'article 62.	370
1790. L'assistance du greffier est une condition de la régularité du transport.	372
1791. Le juge peut-il se faire assister du greffier de la justice de paix du lieu où il se transporte?	373
1792. Toutes les opérations du juge doivent être constatées par un procès-verbal.	374
1793. Ce procès-verbal doit-il être rédigé par le juge ou par le greffier?	375
1794. Quelle est la fonction du greffier vis-à-vis du juge?	376

§ III. Actes de la constatation judiciaire.

1795. L'inspection judiciaire a pour objet principal de constater l'état matériel des faits.	377
1796. Le juge doit donc constater le corps du délit et l'état des lieux.	377
1797. Comment doit se faire cette constatation quand il s'agit d'un homicide.	378
1798. Comment elle doit se faire s'il s'agit d'un infanticide ou d'un avortement, d'un empoisonnement ou de coups et blessures.	382
1799. Dans quels cas il y a lieu d'appeler des experts ou des ouvriers.	384

§ IV. Droit du juge de procéder à des visites domiciliaires.

1800. Droit de perquisition du juge. Commentaire des articles 87 et 88.	385
1801. Législation qui fonde l'inviolabilité du domicile. Exception au cas de perquisition.	387
1802. Il n'appartient qu'au juge d'instruction de pénétrer dans le domicile des citoyens et d'y faire des recherches.	389
1803. Le juge peut-il déléguer cette opération soit à un juge de paix, soit à tout autre officier de police judiciaire?	389
1804. Cas dans lesquels les visites domiciliaires peuvent avoir lieu. Conditions exigées dans notre ancienne jurisprudence.	394
1805. Examen du texte des articles 87 et 88.	395
1806. Caractères et but des visites domiciliaires. Conséquences pour leur perpétration.	396
1807. Que faut-il entendre par les autres lieux que désigne l'article 88?	396
1808. Le juge a-t-il le droit d'ordonner une perquisition générale dans toutes les maisons d'un quartier ou d'une localité?	397
1809. Le juge d'instruction est-il tenu de procéder à des visites domiciliaires quand il en est requis par le ministère public?	398

§ V. Règles des visites domiciliaires.

1810. La première règle est que le prévenu doit être présent ou son fondé de pouvoir.	400
1811. Si la visite a lieu chez un tiers, ce tiers doit être averti d'y assister.	401
1812. Le juge d'instruction peut-il s'introduire à toute heure dans le domicile du prévenu ou de toute autre personne?	402
1813. Réserve que le juge doit apporter dans ses recherches.	404

§ VI. De la saisie des pièces de conviction.

1814. Droit de saisie. La saisie n'est qu'un moyen d'instruction. Elle atteint les effets à charge et à décharge.	405
1815. Quels sont les effets qui peuvent être saisis.	406
1816. De la saisie des papiers. <i>Quid</i> quand ils sont dans la possession d'un tiers.	407
1817. Le juge peut-il opérer des perquisitions et procéder à la saisie d'actes et de papiers déposés dans l'étude d'un notaire? Distinction.	409

1876. Dans notre droit actuel, les écrits sont un moyen de preuve que le juge apprécie sans être lié par eux.	507
1877. Application de cette règle aux cas où il s'agit d'établir l'âge ou la qualité d'un accusé, ou son état de récidive.	508
1878. Tous les papiers et écrits produits dans une procédure doivent-ils indistinctement servir de moyens de preuve? Les lettres missives peuvent-elles être saisies?	510
1879. Les lettres ne peuvent devenir un élément de preuve que lorsqu'elles ont été légalement mises sous la main de la justice.	511
1880. L'irrégularité d'une production ou d'une saisie fait rejeter la pièce, mais n'empêche pas la poursuite.	513

§ II. *Exceptions. Cas où la preuve est admise.*

1881. Exceptions au principe qui soumet toutes les preuves écrites à la libre appréciation du juge.	513
1882. Les délits qui admettent une preuve littérale sont : 1° les infractions aux lois fiscales; 2° les délits résultant de la violation des contrats; 3° le délit de complicité d'adultère.	514
1883. Quelle est l'autorité des actes produits dans une procédure criminelle et de quels faits ils font foi.	516

§ III. *Vérification des écritures produites dans l'instruction.*

1884. Dans quels cas il y a lieu de procéder à la vérification des écritures produites.	517
1885. Formes de la saisie des pièces argüées de faux (art. 448).	518
1886. Cas où la pièce argüée de faux est déposée dans un dépôt public, où le dépositaire résiste à l'ordre du juge, où il s'agit des registres de la conservation des hypothèques (art. 451 et 452).	519
1887. Production des pièces de comparaison (art. 453, 455, 456).	520
1888. Admission des écritures privées et de toutes autres preuves (art. 461-463).	523

CHAPITRE ONZIÈME.

De la preuve par experts.

§ I. *Caractère général de la mission des experts.*

1889. De l'utilité des experts pour éclairer les recherches de l'instruction (art. 43 et 44).	524
1890. Quel est le caractère de la mission des experts? Faut-il les considérer comme des témoins ou comme des auxiliaires du juge?	526

§ II. *Choix des experts.*

1891. La délégation des experts n'appartient qu'au juge d'instruction.	528
1892. Le juge peut-il appeler indifféremment, pour une vérification médicale, des docteurs en médecine ou des officiers de santé?	528

§ III. *Mode de convocation.*

1893. Quelle est la forme de la convocation des experts.	530
1894. Sont-ils tenus de se rendre aux réquisitions et de procéder aux opérations qui leur sont demandées?	531
1895. Examen de la jurisprudence qui applique à leur refus l'article 475, n° 12, du Code pénal.	532

§ IV. *Formes de l'expertise.*

1896. Serment des experts.	534
1897. Formes de l'expertise. Le prévenu peut-il y assister? Le juge d'instruction peut-il y assister?	535
1898. Formes et rédaction des rapports d'experts.	537
1899. Examen de ces rapports par le juge.	538

CHAPITRE DOUZIÈME.

Des commissions rogatoires.

§ I. Principes des commissions rogatoires.

1900. Tous les actes de la procédure criminelle doivent être faits par le juge. La délégation de quelques-uns de ces actes n'est qu'une exception.	540
1901. Notre Code n'admet la délégation que pour entendre des témoins qui résident hors du canton (art. 83 et 84), et pour interroger un prévenu trouvé hors de l'arrondissement (art. 103).	541
1902. Néanmoins, ces dispositions ne sont pas limitatives : elles ne font qu'indiquer une faculté dont le juge peut user dans certains cas.	542
1903. Il peut déléguer l'acte d'instruction qui ne peut être accompli qu'en dehors du ressort où la procédure est instruite.	544
1904. Mais, quand il s'agit d'actes qui doivent s'accomplir dans son ressort, le juge ne peut déléguer que la constatation de faits purement matériels.	544
1905. Quels sont les actes qui peuvent être délégués par le juge.	545

§ II. Délégation de l'audition des témoins et de l'interrogatoire des inculpés.

1906. Conditions de l'audition par délégation des témoins résidant dans l'arrondissement : il faut qu'ils soient dans l'impossibilité de comparaître et qu'ils résident hors du canton.	546
1907. Lors même que les témoins résident hors de l'arrondissement, ils peuvent être cités devant le juge, et la délégation de leur audition n'est qu'une faculté (art. 83).	548
1908. Délégation des perquisitions et saisies de papiers et effets hors de l'arrondissement (art. 90).	551
1909. Délégation de l'interrogatoire des inculpés arrêtés hors de l'arrondissement.	551

§ III. Formes et exécution des commissions rogatoires.

1910. Caractère des commissions rogatoires : elles ne sont précédées d'aucunes réquisitions, elles se font par écrit. Ce qu'elles doivent contenir.	553
1911. Des commissions rogatoires qui ont pour objet soit l'audition des hauts fonctionnaires de l'Etat, soit les militaires, soit les témoins résidant hors de France.	555
1912. Quels sont les officiers que le juge peut déléguer et auxquels il adresse les commissions.	556
1913. Le juge peut-il déléguer directement un juge de paix d'un autre arrondissement ?	556
1914. Le juge délégué ne peut, s'il est compétent, refuser la délégation. Ses droits et leurs limites. Il peut subdéléguer.	557
1915. Exécution des commissions rogatoires adressées par des magistrats étrangers.	559
1916. Retour des commissions exécutées. Mode de la transmission.	560

CHAPITRE TREIZIÈME.

De l'interrogatoire des inculpés.

§ I. Caractères de l'interrogatoire.

1917. Caractères de l'interrogatoire dans notre ancien droit.	561
1918. Interrogatoire de l'inculpé par le juge d'instruction (art. 93).	564
1919. Cette mesure est à la fois un moyen de défense et un moyen d'instruction.	565
1920. Son caractère dans notre droit actuel, et comment elle doit être appliquée.	566
1921. Cette formalité est essentielle à la procédure préalable, et son omission entraîne la nullité.	568
1922. Le juge peut répéter l'interrogatoire autant de fois que cela lui paraît utile.	569

§ II. Formes de l'interrogatoire.

1923. Le prévenu doit être interrogé secrètement par le juge d'instruction assisté du greffier, sans être assisté d'aucun conseil.	570
1924. S'il y a plusieurs prévenus, ils doivent être interrogés séparément.	571

1953. L'article 40 contient une règle générale qui s'applique non-seulement au flagrant délit, mais à tous les cas. 616
 1954. Que faut-il entendre par indices graves? Définition de ces indices. 617

§ III. Du mandat de comparution et du mandat d'amener.

1955. Caractères distincts du mandat de comparution et du mandat d'amener. 619
 1956. Le juge ne doit décerner qu'un mandat de comparution si le fait n'est passible que d'une amende. 620
 1957. Il ne doit décerner qu'un mandat de comparution si le délit est passible d'un emprisonnement n'excédant pas deux ans et si l'inculpé est domicilié. 621
 1958. Il peut et doit en général ne décerner qu'un mandat de comparution quand le fait est qualifié délit et que l'inculpé est domicilié. 622
 1959. Il peut enfin ne décerner encore qu'un mandat de comparution, même quand le fait est qualifié crime, si l'inculpé présente des garanties à la justice. 623
 1960. Le mandat d'amener doit être décerné si l'inculpé a fait défaut, si l'on présume qu'il prendra la fuite ou s'il ne présente aucune garantie. 624
 1961. Le pouvoir de décerner un mandat de comparution ou d'amener peut-il être délégué? 626

§ IV. Des mandats de dépôt et d'arrêt.

1962. Délivrance des mandats de dépôt et d'arrêt. Règle que doit suivre le juge. 627
 1963. Ces mandats ne peuvent être décernés qu'après l'interrogatoire. 629
 1964. Ils doivent en outre être précédés d'un commencement d'information. 630
 1965. Distinction entre le mandat de dépôt et le mandat d'arrêt. Caractères de ces deux mandats. 631
 1966. Examen de l'usage qui emploie habituellement le mandat de dépôt. 633

§ V. Formes des mandats.

1967. Énonciations générales que tous les mandats doivent contenir. 638
 1968. Formes spéciales de chaque mandat. 639
 1969. Nécessité d'écrire au mandat de dépôt les énonciations prescrites pour le mandat d'arrêt. 639
 1970. Quel est l'effet de l'inobservation dans les mandats des formes prescrites par la loi? 642
 1971. Conditions essentielles des mandats et dont la violation peut emporter la nullité. 643

§ VI. De l'exécution des mandats.

1972. Les mandats sont exécutoires dans toute l'étendue du territoire (art. 98). 646
 1973. Mode d'exécution du mandat de comparution (art. 97). 646
 1974. Mode d'exécution du mandat d'amener (art. 99). 647
 1975. Si l'interrogatoire n'a pas lieu sur-le-champ, où doit être déposé l'inculpé jusqu'à ce qu'il y soit procédé (art. 93)? 647
 1976. Cas où l'inculpé est trouvé hors de l'arrondissement plus de deux jours depuis la date du mandat (art. 100). 649
 1977. La demande de l'inculpé suffit-elle pour qu'il ne soit pas contraint de se rendre au mandat, ou sa translation dépend-elle du procureur impérial? 650
 1978. Formes de l'instruction qui doit être faite au lieu où il a été trouvé. 652
 1979. Si l'inculpé contre lequel un mandat d'amener a été décerné ne peut être trouvé, quelles formes le porteur du mandat doit suivre. 653
 1980. L'omission des formes prescrites pour la notification du mandat d'amener n'emporte pas la nullité du mandat et de la procédure. 655
 1981. Mode d'exécution du mandat de dépôt. 656
 1982. Mode d'exécution du mandat d'arrêt. 657

§ VII. De l'interdiction de communiquer.

1983. Textes qui fondent l'interdiction de communiquer (art. 613). 660
 1984. Caractère de cette mesure et motifs qui, dans de certaines limites, la rendent nécessaire. 661
 1985. Abus auxquels a donné lieu son application. Modifications apportées à l'article 613 par la loi du 14 juillet 1865. 663

